Das dingliche Vorkaufsrecht
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde bei der
Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Referendar Gerhard Fröhlich
aus Schwarzenberg i. Sa.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Schwarzenberg.
Druck von G. A. Ludwig.
1910.

Übersicht.

Einleitung	§ 1	S. 3–8
Wesen und Konstruktion	§ 2	S. 8–28
Gegenstand	§ 3	S. 28—32
Erwerb	§ 4	S. 32–44
Inhalt		
Allgemeines	§ 5	S. 44—56
Insbesondere die Wirkung		
Gegenüber dem Besteller	§ 6	S. 56–57
Gegenüber Dritten	§ 7	S. 57—74
Erweiterungen	§ 8	S. 74—77
Die Ausübung	§ 9	S. 77 79
Wirkung der Ausübung auf das Verhältnis des		
Vorkaufspflichtigem zum Berechtigten,	§ 10	S. 79–86
Verkäufers zum Zwischenkäufer	§ 11	S. 86–87
Vorkäufers zum Zwischenkäufer	§ 12	S. 87—88
Verknüpfung der drei Verhältnisse	§ 13	S. 89–96
Untergang	§ 14	S. 96 99

Verzeichnis der verwendeten Literatur.

Baron: Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Auflage.

Bendix: Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung. Juristische Wochenschrift 1904 S. 601.

Bendix: Die Vormerkung des neuen Rechts. Gruchots Beiträge 1905 Bd. 49 S. 288 ff.

Biermann: Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901.

Biermann: Das Sachenrecht des B. G. B. 2. Auflage. Berlin 1903.

Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B. G. B. Bd. I u. II. Jena 1903/1904.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Auflage. Halle 1904.

Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. I und II. 1. und 2. Auflage. Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Auflage. Berlin 1903, Bd. II. 8. Auflage Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Bd. I: 3. Auflage. Marburg 1908. Bd. II: 2. Auflage. Marburg 1900.

Fischer-Henle: B. G. B. vom 18. August 1896 nebst dem E. G. vom 18. August 1896. Handausgabe. 7. Auflage. München 1906.

Fuchs: Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. Bd. I. Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Fuchs-Arnheim: Band II: Formelles Grundbuchrecht. Berlin 1908.

Gaupp-Stein: Die C. P. O. für das Deutsche Reich. 6. und 7. Auflage. Tübingen u. Leipzig 1904.

Immerwahr: Das dingliche Vorkaufsrecht des B. G. B. Iherings Jahrbücher Bd. 40, S. 279 ff.

Jaeckel: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltnng v. 24. März 1897 in der Fassung v 20. Mai 1898 nebst dem E. G. und den für Preussen ergangenen Ausführungs- u. Kostenbestimmungen. 3. Aufl. von Güthe. Berlin 1909.

Ed. Jaeger: Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht. Dissertation 1893.

Ernst Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 3. und 4. Auflage Lieferung 1 und 2. Berlin 1907.

Katz: Zur Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich. Dissertation, Erlangen 1898.

Kehren: Die rechtliche Bedeutung der Eintragung eines dinglichen Rechts zwischen Auflassung und Eintragung gegenüber dem Erwerber des Grundstücks. Dissertation. München-Gladbach 1902.

Kloss: Sächsisches Landesprivatrecht. 2. Auflage. Halle 1908.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des B. G. B. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des R. G. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Juristische Wochenschrift 1901 S. 392.

Leske: Vergleichende Darstellung des B. G. B. für das Deutsche Reich und des Preuss. Allgemeinen Landrechts. 1. Hälfte. 1. und 2. Auflage.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Neumann: Handausgabe des B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. I: 4. Auflage. Berlin 1905.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht und die Preussischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. Bd. I, 4. Auflage, Berlin 1909.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II und III. 3. Auflage 1906.

Predari: Kommentar zum B. G. B. und zu den Nebengesetzen. Die Grundbuchordnung. Berlin 1907

Reichel: Die Umschreibung der Vormerkung. Leipzig 1905.

Reichel: Die Vormerkung im Deutschen B. G. B. Iher. Jahrb. Bd. 46, S. 59 ff.

von Roth: System des Deutschen Privatrechts. 3. Teil. Tübingen 1886.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 2. Auflage. Berlin 1904.

Sekler: Das Wesen der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. Dissertation. München 1902.

Sekler: Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München 1904.

von Staudinger: Kommentar zum B. G. B. und dem E. G. Bd. II Unterabteilung 2 und Bd. III. 3. und 4. Auflage. München 1907/1908.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. II. 2. Auflage, Berlin 1883.

Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Statten? Dekanatsprogramm. Leipzig 1904.

Türcke: Niedenführ und Winter: Das Bürgerliche Recht. Bd. I und II. B. Auflage 1904.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preuss. Ausführungsbestimmungen. Bd. I und II. 3. Auflage. Paderborn 1906.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage. Frankfurt 1900.

Wittmack: Das limitierte Vorkaufsrecht. „Das Recht" 1906 S. 465 ff.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts,
herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Die Zitierweise entspricht den Vorschlägen des 27. Deutschen Juristentags;
die Materialien werden nach den Seitenzahlen des Urtextes angegeben.

§ 1.

Einleitung.

Das Deutsche B. G. B. kennt ein persönliches, d. h. nur die betreffenden Vertragsparteien kraft ihrer Vereinbarung bindendes, und ein dingliches, also gegen Unbeteiligte ohne Rücksicht auf ihren Willen wirksames Vorkaufsrecht. Der Name und, soweit es sich um die Obligation handelt, auch der Inhalt haben sich aus dem römischen Kaiserrecht auf unsere Zeit vererbt. Freilich haben auch hier die Jahrhunderte die alten Begriffe weiter entwickelt und in neue Formen gegossen. Doch eben darum kann ein Rückblick in die Vergangenheit nur dazu dienen, die Eigenart des Gewordenen um so plastischer hervortreten zu lassen. Das Wesen des ius protimiseos in specie erschöpfte sich darin, dass der Verpflichtete verbunden war, bei Abschluss eines Kaufs über den fraglichen Gegenstand dem Berechtigten den Vorzug zu geben, falls er sich zu den vom anderen Kaufliebhaber gebotenen Bedingungen verstand.[1]) Die ersten Schritte auf dem Wege zu diesem Ergebnis waren Vereinbarungen, wie sie in l 75 D de contrah. empt. 18_1 und l 21 § 5 D de act. empt. 19_1 erwähnt werden. Es handelte sich hier um Nebenabreden beim Verkauf, dahingehend dass der Käufer an niemand anderen als

[1]) Windscheid Bd. II S. 603, Baron S. 534.

an seinen Verkäufer weiterverkaufen sollte. Die Wirksamkeit dieser Veräusserungsverbote beruhte in der beim Kauf zu beobachtenden bona fides. Von einer selbständigen Vereinbarung dagegen spricht l 122 § 3 D de verb. obl. 45 1, wonach die Miterben sich gegenseitig verpflichten konnten, ihren Anteil an die anderen zu einem bestimmten Preise abzugeben, falls sie ihn einmal verkaufen wollten. Der Inhalt des Kaufvertrags, den der Miterbe bei Vermeidung einer Vertragsstrafe im gegebenen Falle schliessen musste, war von vornherein festgelegt ohne Rücksicht auf ein etwaiges Angebot von anderer Seite. Erst die l 3 Cod. de iure emphyt. 4 66 aus der Zeit Justinians bringt in Anwendung auf die spätkaiserliche emphyteusis einen echten Vorkaufsfall der Eingangs bezeichneten Art. Aus dieser Stelle geht insbesondere noch hervor, dass die Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht erst bei Abschluss, sondern schon bei einem Angebot des Kaufes möglich war.[1])

Das dingliche Recht hingegen wurzelt in deutschem Boden; wenn es auch in seiner jetzigen Ausgestaltung ein völlig neues Gebilde eigener Art darstellt, so weist es doch durch Zweck und Grundgedanken auf die germanischen Näher-, Losungs- und Einstandsrechte mit ihrer Retraktsklage zurück, Einrichtungen, die das römische Recht nicht, auch nicht in ähnlichen Formen kannte. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Grossgrundbesitzers, der einen Teil seiner Ländereien an einen Emphyteuta verpachtet hatte, gehört nicht hierher. Denn es bezog sich nicht auf das Grundstück selbst, sondern nur auf die „meliorationes“ oder das Recht des Pächters, das zwar als

[1]) So mit Recht Katz S. 15 gegen Ed. Jaeger S. 82 f, der vendere gleich alienere, Verkauf gleich Vorkaufserfüllung setzen muß, um seine Auslegung zu halten.

dominium utile gegen Dritte geschützt war, nichts desto weniger aber ein blos beschränktes Recht an fremder Sache blieb.[1]) Das Grundstückseigentum war nach wie vor in der Hand des Verpächters, und auch die Veräusserung der emphyteusis hing ganz allgemein von seiner Zustimmung ab, wenn sie auch nur in bestimmten Fällen verweigert werden durfte. Handelte es sich um einen Verkauf, so steigerte sich dieses Recht zu der Möglichkeit, in jedem Falle, auch wo an sich die Genehmigung erteilt werden musste, die Emphyteuse gegen das in dem Kaufe vorgesehene Entgelt wieder zurückzuerwerben, d. h. aufzuheben.[2]) Der Dritte konnte sie in diesem Falle nicht erwerben, weil es an der erforderlichen Zustimmung des Eigentümers fehlte; im Wesen des Vorkaufsrechtes als solchen lag also diese dingliche Wirkung nicht, sie war nur ein Ausflus des Eigentums.

Aehnlich war es im Anfang mit der Dinglichkeit[3]) des deutschen Näherrechts bestellt; denn seine ursprünglich einzige Art, das Beispruchsrecht des Erben, wonach dieser beim Eintritt des Erbfalles jede ohne seine Zustimmung erfolgte Veräusserung von Grundstücken der Familie anfechten konnte, beruhte auf dem Grundgedanken des Gesamteigentums der Sippe. Zu einem eigenen Rechtsinstitut wurde das Näherrecht erst nach der Zeit der Rechtsbücher durch die Umgestaltung zum Retrakt, d. h. dem Rechte, das verkaufte Grundstück von dem Dritten über Jahr und

---

[1]) Windscheid Bd. I S. 989 Bem. 4 u. 5.

[2]) Aenlich Ed. Jaeger S. 7, allerdings spricht l 3 Cod. 4 66 dafür, daß die Fristen für die Ausübung des Vorkaufsrechtes und für die Zustimmung zur Veräusserung nicht gleichzeitig abzulaufen brauchten, jedenfalis aber ist in der Vorkaufserklärung zugleich eine Konsensverweigerung enthalten. Unserer Ansicht entspricht es, daß bei Verabsäumung der Mitteilung durch den Emphyteute die emphyteusis selbst hinfällt, nicht etwa der Fristablauf für die Ausübung des Vorkaufsrechtes hinausgeschoben wird.

[3]) Sehr umstritten, in S. von Katz S. 22 aber gewiß anzunehmen.

Tag gegen Erstattung des von ihm gezahlten Preises einzulösen. Einen Vorkauf im technischen Sinne kann man das nicht nennen, weil dabei der Berechtigte mit dem Verkäufer gar nicht in Beziehung trat, aber auch seine Erstattungspflicht gegenüber dem Dritten nicht eine Kaufpreisschuld, sondern eine aus Billigkeitsgründen entsprungene Entschädigungsverbindlichkeit bedeutete. Ebensowenig ist die Wirksamkeit gegenüber dem Käufer auf eine verdinglichte Bindung des Veräusseres, sondern auf eine in sich selbst begründete Aneignungsbefugnis des Berechtigten zurückzuführen. Eine Verallgemeinerung erfuhr der Retrakt mit seiner Uebernahme in die Lehns-, Guts-, Gemeinde- und Nachbarverhältnisse sowie durch seine Anwendung auf das Miteigentum[1]). Allen diesen Retraktsarten war gemein, dass sie nicht kraft besonderer, darauf gerichteter Parteivereinbarung begründet wurden, sondern ohne weiteres sich aus bestimmten personenrechtlichen Beziehungen oder dinglich wirksamen Gemeinschaftsverhältnissen der Eigentümer ergeben. Als daher jene veralteten Formen persönlicher Abhängigkeit der neuen Zeit zum Opfer fielen, mussten mit ihnen, auch diese Retrakte schwinden.[2])

Da man aber schlechtweg in der gesetzlichen, vom Willen des Betroffenen völlig unabhängigen Begründung eine besondere Gefährlichkeit solcher Vorrechte erblickte,[3]) wurde der Retrakt grösstenteils auch für das Miteigentum abgeschafft.[4])

---

[1]) Roth S. 738, Stobbe S. 116 ff.

[2]) Ueber die Ablösungsgesetzgebung s. Roth S. 740.

[3]) M III S. 448 meinen, die Gefährlichkeit habe man offenbar nicht im Ursprung, sondern im Inhalt erblickt, erklären aber damit nicht, warum nur die gesetzlichen Retrakte, nicht die vereinbarten Vorkaufsrechte beseitigt wurden. Im Unterschied zwischen Vorkauf und Retrakt beruhte dies nicht, da man diesen damals nicht begriff.

[4]) Ueber die Gesetzgebung 1. Roth S. 742, auch M III S. 447

Daneben hatte sich in Anlehnung an die mittlerweile recipierte protimesis ein vertragsmässiges Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirksamkeit entwickelt, zunächst durch Vorbehalt beim Vorkauf, dann durch selbständige Vereinbarung. Trotz aller äusseren Aehnlichkeit ist es aber mit dem Retrakte nicht zu verwechseln. Denn nicht nur die Art der Begründung[1]), sondern wie schon oben dargetan, auch Inhalt und Wesen sind grundverschieden[2]).

Als Gegenstand freier Uebereinkunft hat sich das dingliche Vorkaufsrecht in den verschiedenen neueren Gesetzgebungen erhalten[3]), bis es trotz erheblichsten Widerstands auch im Deutschen B. G. B. Aufnahme fand. Ursprünglich wurde den Einzelstaaten die Nichtaufnahme freigelassen[4]), schliesslich aber diese Möglichkeit als mit dem Ansehen des Reichsrechts unvereinbar ausgeschlossen[5]). Hauptsächlich wollte man damit die im Interesse der Volkswirtschaft liegende Veräusserung von Grossgrundbesitz an Kleinbauern und die Errichtung von Arbeiterwohnhäusern fördern. Massnahmen, wozu sich natürlich die bisherigen Eigentümer nur verstehen, wenn sie sicher sind, bei Abwanderung der Erwerber das Veräusserte wieder zu erlangen. Da auch Mietern, Pächtern, Familienmitgliedern ein berechtigtes Interesse am Erwerb eines Grundstückes vor anderen Personen zugebilligt wurde, stellte man die Begründung nicht bloss auf den Vorbehalt gelegentlich der Veräusserung, sondern auf vertragsmässige Vereinbarung ab.[6]) Dagegen wurde vor allem ins Feld

---

[1]) So M III S. 447.
[2]) Dazu auch Katz S. 23 f, Stobbe Bd. I S. 140.
[3]) Ueberblick s. M III S. 447.
[4]) M III S. 449.
[5]) P S. 4805, art 115 E G schlägt nicht ein.
[6]) M. III S. 449.

geführt, das dingliche Vorkaufsrecht bedeute für das belastete Grundstück eine unverhältnismässig starke Wertminderung erschwere die Beschaffung des erforderlichen Betriebskapitals und führe eine alte, moderner Anschauung widerstreitende Form der Gebundenheit des Eigentums ein.[1]) Diese Befürchtungen sind aber im wesentlichen durch die endgiltigen Gesetzesbestimmungen gegenstandslos geworden. Denn da das Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Preise und was dem wirtschaftlich gleichsteht, das Wiederverkaufsrecht als dinglich nicht zugelassen worden sind, obwohl dafür die nicht unbeachtliche Erwägung sprach, es müsste verhindert werden, dass die Erwerber die ihnen aus sozialen Gründen überlassenen Grundstücke zu Spekulationsverkäufen missbrauchten, ist der Eigentümer des also belasteten Grundstückes in seiner Bewirtschaftungs- und Veräusserungsfreiheit keineswegs gehemmt.[2]) Die Behauptung, dass das dingliche Vorkaufsrecht nur als „kulturschädliches Veräusserungsverbot“ [3]) wirkt und wieder einen „unfreien vom Arbeitgeber abhängigen Arbeiterstand schaffe“,[4]) findet im B. G. B. keine Stütze mehr.[5])

§ 2. Wesen und Konstruktion.

Immerhin spielt es unter den Rechtsbegriffen des B. G. B. die armseelige Rolle eines Aschenbrödels. Es steht eben da abseits und verlassen wie in einer fremden Welt, ein deutsches Bauernkind mit römischem Flitter behangen; keines aber hat es besonders gern, weil niemand recht weiss, was man mit ihm anfangen soll, es

[1]) P S. 4801 f.
[2]) M III S. 453, auch Wittmack S. 465.
[3]) P. S. 4802.
[4]) P. S. 4804.
[5]) Über die praktische Verwendung des Vorkaufsrechts s. Segall, Arch. Bürg. R. 32 S. 426.

wird hierhin und dorthin geschoben, passt aber nirgends recht in die Gesellschaft, und wohl nie wird der königliche Freier kommen, der es seinen stolzen Schwestern an die Seite stellt. Alle die Versuche, es mit den andern Rechtsgebilden auf eine einheitliche Grundlage zu bringen, müssen erfolglos bleiben. Zutreffend sagt Immerwahr S. 340: „Man tut bei dem bedenklichen Zustande, den die allgemeine Struktur dieses Rechtsinstitutes aufweist, wohl am besten, von speziellen Konstruktionsversuchen ganz abzusehen". Wenn wir trotzdem zu den verschiedenen Theorieen Stellung nehmen, so ist dies gerechtfertigt, weil diese Anschauungen auch erhebliche praktische Tragweite haben. [1])

Dabei können wir uns nicht von vornherein auf den eigentlichen Gegenstand unserer Darstellung beschränken. Denn da § 1098 Abs. 1 B. G. B. das aus dem dinglichen Vorkaufsrecht sich ergebende Verhältnis zwischen den Parteien durch Hinweis auf die §§ 504 ff charakterisiert, ist es unumgänglich, das dort geregelte sog. obligatorische Vorkaufsrecht einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Zu dem folgern wir aus dieser Bezugnahme des Gesetzgebers, dass beide Institute sich nur im Punkte der dinglichen Wirkung unterscheiden, [2]) im übrigen aber begrifflich und wesentlich gleichartig sein sollen, dass also auch umgekehrt diejenigen Bestimmungen der §§ 1094 ff B. G. B. die nicht bloss ein Ausfluss des Dinglichkeitsprinzipes [3]) sind, sondern einen Rückschluss auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Berechtigten gestatten, zur näheren Erläuterung der §§ 504 ff benützt werden dürfen.

---

[1]) z. B. für die Form der Begründung, P. S. 1797.

[2]) Ebenso Katz S. 9.

[3]) Die gegenständliche Beschränkung des § 1094 bedeutet keinen inhaltlichen Wesensunterschied.

Standinger Bd. II 1 S. 607 und die dort angegebenen, auch Neumann Bd. I S. 364 und Wittmaack S. 468 meinen, dass die Einräumung des Vorkaufsrechtes den Abschluss eines aufschiebend bedingten Kaufvertrags bedeute. Nach längerem Schwanken hat sich nunmehr auch das Reichsgericht dieser Ansicht zugewendet. [1]) Wir können ihr trotzdem nicht beipflichten.

Für die von uns bekämpfte Anschauung mag zwar rein äusserlich zunächst die Gruppierung unter die „besonderen Arten des Kaufes" sprechen. [2]) Da aber die Motive selbst die Aufstellung einer bestimmten Theorie ausdrücklich ablehnen, wird man dieser Bezeichnung eine massgebende Bedeutung nicht beilegen können. [3]) Wohl sind der Kauf auf Probe und der nach Probe [4]) hier mit eingereicht; während aber deren Eigenart im Inhalt des schon abgeschlossenen Vertrags beruht, liegt beim Wieder- und beim Vorkauf die Besonderheit auf einem ganz anderen Gebiete, nämlich in der Art der Begründung des Rechtsverhältnisses, darin dass nach § 505 Abs. 2 B. G. B. das Vorkaufsrecht ermöglicht, den „Kauf" durch die einseitige Willenserklärung der Ausübung zu schliessen. Es wird ausdrücklich betont, dass damit erst der Kauf „zu Stande kommt", während § 158 Abs. 1 B. G. B. von der Bedingung sagt, dass mit ihrer Erfüllung nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern vielmehr die Wirkung des an sich abgeschlossenen Rechtsgeschäftes eintritt. Wenn § 1098 Abs. 2 von dem durch die Ausübung „entstehenden" Auflassungs-

[1]) R. G. 67 S. 42 ff ebenso wie R. G. 59 S. 133 gegen R. G. 60 S. 227, dafür auch O. L. G. 1 S. 293 (Jena) und O. L. G. 2 S. 73 (KG), dagegen O. L. G. 11 S. 304 (Kolmar.)

[2]) S. R. G. 67 S. 46.

[3]) Umsoweniger als P. S. 1796 erklären, die Theorie sei an sich nicht ohne Bedenken.

[4]) R. G. 67 S. 45.

anspruch redet, so ist dies weniger deutlich, da dem Sprachgebrauch der §§ 194, 198 entsprechend darunter auch das Fälligwerden durch Bedingungseintritt verstanden werden kann.

Abgesehen davon, dass sonach der Wortlaut des Gesetzes zu der gegnerischen Ansicht nicht stimmt, sind auch ihre sachlichen Grundlagen nicht haltbar. Im allgemeinen ist es schon nicht richtig, das Vorkaufsrecht und das durch die Ausübung entstehende Verhältnis als eine begriffliche Einheit darzustellen. Denn hinsichtlich der Übertragbarkeit der Vererbung und des Vorhandenseins mehrerer Berechtigter unterliegen beide Rechtsverhältnisse grundverschiedenen Bestimmungen, (§§ 513, 514 gegen §§ 428, 432, 398 ff), die sich nicht bloss mit der Bedingtheit, bez. dem Eintritt der Bedingung erklären lassen.

In Sonderheit aber ist einem Kaufvertrage nach § 433 B. G. B. wesentlich die Verpflichtung zur Übergabe auf der einen, zur Zahlung des Preises und zur Abnahme auf der andern Seite. Dazu würde es aber vorerst an der erforderlichen Bestimmtheit der Unterlagen fehlen. P. S. 1799 sagen allerdings, der Umstand, dass die Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten noch nicht feststeht — nämlich ihrer Höhe, nicht dem Grunde nach! — widerspreche der anderen Auffassung nicht, da sich der Inhalt nach dem Eintritt der Bedingung aus dem Kaufvertrage mit dem Dritten entnehmen lasse. §§ 371 ff ermöglichen ja auch eine Bestimmung der Leistung durch Unbeteiligte. Das Gebot des Käufers [1]) hat aber diesen Grundgedanken nicht. Denn einmal vereinbart dieser nur den Preis, den er nach seinen Verhältnissen für richtig hält und selbst bezahlen will, und dann ist, was auch

[1]) Kurze Bezeichnung für den dritten Käufer, die weiteren Ausdrücke „Vorverkäufer“ und „Vorkäufer“ (Cosack Bd. I S. 465) passen für den, der die Theorie vom bedingten Kaufvertrag nicht teilt, nur auf das Verhältnis nach Ausübung.

die Protokolle übersehen, der Vorkaufsberechtigte daran nicht gebunden; denn eine gegenseitige Kaufverpflichtung ist mit der Begründung des Vorkaufsrechts allein noch keineswegs gegeben.

Die Gegner meinen freilich, nur der Eintritt dieser Wirkungen des von vornherein geschlossenen Kaufvertrags sei davon abhängig, dass einmal der Verkauf an einen Dritten und dann die Ausübung erfolgt. Die Bedingung ist wie § 158 B. G. B. dartut, eine Nebenbestimmung, die an sich zum Zustandekommen des Rechtsgeschäftes nicht nötig ist, aber durch ihren Hinzutritt die Folgen desselben in gewisser Weise paralysiert. Aus diesem ihren Wesen folgt, dass sie die Giltigkeit des nur in seinen Wirkungen oder ihr abhängig gemachten Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung hat, d. h. dass ein allgemeines Giltigkeitserfordernis für das Entstehen des Rechtsgeschäftes nicht Bedingung desselben sein kann. Für den gegenseitigen Vertrag ist dies aber die erklärte Übereinstimmung der beiden Parteien, sich schon jetzt binden zu wollen. Ebenso wie beim Mangel der vorgeschriebenen Form, z. B. nach § 313 ist hier auch bei dem Fehlen des Verpflichtungswillens auf der einen oder auf beiden Seiten ein Vertrag nicht, auch nicht bedingt vorhanden. Dieser ist rein logisch dadurch noch nicht ausgeschlossen, dass ich die Wirksamkeit meiner Erklärung abhängig mache von einer in mein Belieben gestellten Handlung, [1]) wenn diese nur an sich nicht in den Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts hineingehört. [2]) Im vorliegenden Falle würde die Besonderheit für den Vorverkäufer nur die sein, dass die Handlung wiederum ein Kaufschluss ist; immerhin wird

[1]) z. B. Versprechen einer Vertragsstrafe § 339 B. G. B.

[2]) Ähnlich Windscheid Bd. I S. 413, 417.

hier die Verpflichtung zur Veräusserung einem andern gegenüber aufgenommen und wäre deswegen nicht Inhalt des ersten Kaufsvertrags. Wer jedoch erklärt, sich zur Bezahlung des später festzustellenden Kaufpreises zu verpflichten, falls er ihn dann noch erlegen will, hat sich vertragsmässig überhaupt noch nicht gebunden. Denn hier ist gerade die Handlung zu der er Kraft der Vereinbarung gezwungen werden soll, seiner Willkür überlassen. Das Reichsgericht in Rg. 67 S. 45 bezieht sich zum Beweise einer solchen Möglichkeit auf den § 495 B. G. B. Doch ist mit der „Billigung des Gegenstandes" nicht auch die dem Käufer nach § 433 B. G. B. obliegende Abnahme- und Zahlungspflicht in sein Belieben gestellt. Diese den Inhalt des Vertrags ausmachenden Verbindlichkeiten sind nach Umfang und Fälligkeit schon unweigerlich bestimmt. Die Tatsache, dass mir die Ware gefällt, gehört nicht notwendig zum Abschluss des Kaufvertrags, sondern ist vielmehr ein hinzukommendes Motiv und kann deswegen theoretisch auch Bedingung sein, wenngleich sie praktisch der Willkür noch den grössten Spielraum lässt. Diese Auffassung lehnt sich an den Wortlaut des Gesetzes an, das von Billigung des Kauf-„Gegenstandes", nicht des Kaufes selbst spricht. Selbst wenn man aber die Billigung dem Verpflichtungswillen gleichsetzen und so § 495 als eine Ausnahme von der sonstigen Auffassung der Bedingung ansehen wollte, würde diese Einzelvorschrift nicht zur Konstruktion eines anderen Rechtsverhältnisses verwendbar sein, zur Auslegung des § 505 C. G. B. aber sicher nicht, weil die Formelierung sonst unverständliche Verschiedenheiten von der des § 495 aufweisen würde. Kann man somit den Verkauf an den Dritten und die Ausübung allenfalls noch als mögliche Bedingung für eine Verpflichtung des Vorverkäufers ansehen, so ist es doch aus-

geschlossen, der Ausübung für die Zahlungspflicht des Vorverkäufers dieselbe Deutung zu geben. Es fehlt sonach für einen bedingten Kaufvertrag mindestens an der erforderlichen Gegenseitigkeit der Verpflichtungen.

Aber auch eine bloss einseitige bedingte Verbindlichkeit des Vorkaufspflichtigen zur Auflassung liegt noch nicht vor. Dies nimmt das Reichsgericht in der zweiten Alternative seiner Entscheidung Rg. 67 S. 42 ff an, wenn es ein Schuldverhältnis konstruiert, demzufolge bis zur Ausübung der eine nur leistungspflichtig, der andere nur forderungsberechtigt sein soll. [1]) Zu diesem Zwecke wird das ganze Vertragsverhältnis in zwei Teile zerlegt, [2]) in das Vorkaufsverhältnis, demzufolge nur der Vorkaufspflichtige eine bedingte Verbindlichkeit auf Übereignung, der Berechtigte aber noch gar keine Obliegenheiten hat und in das durch die Ausübung entstandene Verhältnis, das nun erst für den Vorkaufspflichtigen die Zahlungspflicht erzeugt.

Dabei wird aber ausser Acht gelassen, dass die Auflassungspflicht nicht einseitig, sondern nur kaufmässig sein soll. Sie ist als Inhalt eines gegenseitigen Vertrags stets nur im Zusammenhang mit der entsprechenden Pflicht auf der andern Seite gegeben, m. a. W.: die Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten soll dem Willen der Parteien zufolge nicht bloss eine Bedingung für den Eintritt der Wirksamkeit einer schon bestehenden Verbindlichkeit des Vorkaufspflichtigen sein, sie ist vielmehr eine condicio iuris für deren Begründung und Fortbestand (s. § 323 B. G. B.). Die eine Verpflichtung ist ohne die andere noch gar nicht da, weil ohne die andere nicht gewollt. Das Reichsgericht betont

[1]) Ebenso anscheinend Wittmaack S. 468 Abs. 2 zu S. 469 letztem Satz; auch Oberneck S. 719 zu 712.

[2]) An sich richtig; nur darf das nicht eine Zerreissung der Verbindung sein wie hier, wo man nicht weiss, wie das eine in das andere übergehen soll.

dagegen a. a. O. S. 45/46, dass die einzige Willensbetätigung des Vorkaufspflichtigen der Abschluss des Vorkaufsvertrags sei, und dass er „der Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsgeschäftlich fernstehe“. Ausschlaggebend ist das nicht. Denn der Umstand, dass auf Grund des Vorkaufsvertrages die Ausübung und im Anschluss daran das Verlangen auf Übereignung möglich ist, besagt durchaus noch nicht, dass dadurch auch schon von vornherein die Auflassungspflicht entstanden sein müsse. Wer einem andern einen Vertragsantrag macht, braucht bei der Annahme ebensowenig mitzutun, steht ihr ebenso „rechtsgeschäftlich fern“ wie der Vorkaufspflichtige des empfangsbedürftigen [1]) Ausübung; trotzdem entsteht seine Vertragspflicht erst mit diesem Augenblicke. Durch seine eigene Erklärung hat er sich nur in eine Gebundenheit begeben, die eine Begründung von Vertragsverbindlichkeiten ohne sein weiteres Zutun ermöglicht, nicht schon herbeiführt.

Die einzige positive Handlung, die dem Vorkaufspflichtigen obliegt, ist die Mitteilung vom Abschluss des Verkaufs. Man kann Immerwahr S. 326 zugeben, dass durch Bestellung des Vorkaufsrechtes ein aufschiebend bedingter Anspruch auf Benachrichtigung, nicht [2]) aber, dass unabhängig davon noch ein solcher auf Übereignuug entsteht.

Ja, der Vorkaufspflichtige ist nicht einmal insoweit zum Handeln verbunden, als er etwa zur Begründung des späteren Kaufverhältnisses irgendwie mitzuwirken hätte. Die Theorie vom pactum de contrahendo, die für das gemeine Recht Giltigkeit beanspruchen konnte (l 122 § D de verb. obl. 45 1) und besonders im Sächs. B. G. B.

[1]) S. dagegen § 151 B. G. B.

[2]) So ist auch die von ihm bekämpfte Bemerkung M Bd. III S. 450 aufzufassen, dass der Zweck des Vorkaufsrechts nicht dahin gehe, dem Berechtigten das Eigentum zu verschaffen.

§ 1121 gesetzlich festgelegt war, wird von Kuhlenbeck [1] auch für das neue Recht behauptet und mag in der ursprünglichen Fassung des § 481 ersten Entwurfes einen gewissen Anhalt finden. Zutreffend ist sie aber nicht. Tatsächlich wird sie stillschweigend auch schon von den M Bd. II S. 346/347 abgelehnt, da hier jene Möglichkeit nur in Verbindung mit der Vereinbarung selbsttätigen Überganges in die Hauptobligation anerkannt wird, d. h. mit der weiteren Verpflichtung es dann so ansehen zu wollen, als ob dieser Erfolg eingetreten sei. Nicht liegt es in der Macht der Parteien, den an ganz bestimmte rechtliche Voraussetzungen geknüpften Eintritt der Hauptobligation ohne Erfüllung dieser Erfordernisse wirklich herbeizuführen; sie können nur vereinbaren, dass die noch nicht vorhandene Verpflichtung doch als eingetreten gelten soll. Eine solche Fiktion ist immer etwas Gekünsteltes, und sie versagt naturgemäss beim gesetzlichen Vorkaufsrecht, das im B. G. B. für den Miterben anerkannt ist. Auch ist nichts gewonnen, wenn man eine unverständliche Vorschrift durch die blosse Annahme nicht vorhandener Tatsachen erklärt; dadurch aber, dass ein Vorvertrag behauptet wird, gleichzeitig jedoch die Verpflichtung zur Mitwirkung bei Abschluss des Hauptvertrages durch Fiktion erledigt werden muss, um die Theorie dem Gesetze anzupassen, ist das ganze pactum de contrahendo eigentlich gegenstandslos. [2]

Auch keine Verpflichtung zu einem Unterlassen wird durch Bestellung des Vorkaufsrechts begründet. Eine Aufgabe der Befugnis zur freien Veräusserung liegt darin nicht. [3] An sich ist ja eine derartige Obligation nicht

[1] J W 1901 S. 392; ähnlich auch Endemann Bd. I S. 1014; dagegen O L G 17 S. 388, München 1908.

[2] Ed. Jaeger S. 93 nimmt die Fiktion der Offerte durch den Vorkaufspflichtigen im Augenblick der Ausübung zu Hilfe. Dass dies überhaupt unmöglich ist, darüber s. unter S. 32, Bem. 25.

[3] Ebenso R. G. 16 S. 157; 27 S. 321; 60 S. 233. Anders l 75 D de conhol. emt. 18,1 und l 21 § 5 D de act. emt. vend. 19,1.

ausgeschlossen, nach § 137 Satz 1 B. G. B. kann sie aber keine dingliche Wirksamkeit erlangen. Diese Vorschrift, die nach ihrer ganzen Entstehungsgeschichte [1]) keine Ausnahme duldet, würde uns verbieten, obige Konstruktion auf das dingliche Vorkaufsrecht zu übertragen. In Wirklichkeit hat ihm auch § 1098 Abs. 2 nicht die Wirkung des § 135 beigelegt, sondern die davon wesentlich verschiedene Kraft der Vormerkung. [2]) Wir würden also unseren Eingangs gerechtfertigten Standpunkt bezüglich der inneren Gleichheit des gesamten Vorkaufsrechtes preisgeben müssen. Eine Art Veräusserungsverbot nehmen auch diejenigen an, die den Vorkaufspflichtigen verbinden, das Grundstück an den Käufer nicht eher zu übertragen, als bis es dem Berechtigten zu gleichen Bedingungen angeboten worden ist. [3]) Ein Überbleibsel noch von früher her, wo das Vorkaufsrecht ein Anspruch auf Bevorzugung beim Kaufschluss war! Auch in der 2. Kommission (P. S. 1789) tauchte der Gedanke auf. Der eine darauf gegründete Antrag wurde jedoch zurückgezogen, der zweite wesensgleiche abgelehnt (P. S. 1791, 1792). Das Gesetz selbst gibt nirgends einen Anhaltspunkt dafür. Katz verwirft die Ansicht ebenfalls, konstruiert aber dafür einen besonderen „Vorkaufsanspruch“, wonach der Vorkaufspflichtige für den Fall der Ausübung, also von vornherein bedingt, verbunden sein soll, den Berechtigten vorzugsweise zu befriedigen. Wenigstens sind wohl seine Ausführungen S. 29 f, 58 und 82 so zu verstehen. Hierdurch kommt er in einen gewissen Wider-

1) Kehren S. 29.

2) Die Eintragung einer Vormerkung wirkt zwar wie Strohal S. 24 ff nachweist, gleich einer Verfügungsbeschränkung, die Begrenzung des rechtlichen Könnens ist aber etwas anderes als die des Dürfens; dies findet selbst bei der Verdinglichung des letzteren seinen Ausdruck in dem Unterschied von relativer und absoluter Nichtigkeit!

Im übrigen s. Sekler Diss. S. 3, aber auch P S. 3508 und 4734.

3) So z. B. Kretzschmar S. 415.

spruch mit seiner S. 20 No. a formulierten Anschauung, dass der Übereignungsanspruch erst durch die Ausübung begründet wird. Es ist aber auch gar nicht abzusehen, was für eine Besonderheit darin liegen soll. [1] Denn jedes Forderungsrecht verlangt Erfüllung, ohne Rücksicht darauf, ob andere Gläubiger einen persönlichen Anspruch auf die gleiche Leistung haben, und erzeugt einen Schadenersatzanspruch, wenn der Schuldner seiner Pflicht nicht nachkommt. Eine Eigentümlichkeit des Vorkaufsrechtes ist das nicht. Von einem Vorzug des einen Berechtigten vor dem anderen kann nur bei dinglich wirksamen Verhältnissen die Rede sein, während bei Forderungen jede Beziehung zwischen den einzelnen Gläubigern fehlt. [2]

Das Ergebnis der bisherigen Erörterung können wir nach alledem dahin zusammenfassen, dass durch das Vorkaufsrecht an sich ein Anspruch i. S. d. § 194 B. G. B. noch nicht entsteht, [3] auch nicht bedingt, ausgenommen denjenigen auf Mitteilung vom Kauf; [4] vielmehr wird der Berechtigte dadurch nur befähigt, gegebenenfalls durch eigene Handlung ein Rechtsverhältnis herzustellen, Kraft dessen er dann kaufsmässige Übereignung des betreffenden Grundstücks fordern kann.

Deshalb erklärt Planck (Bd. II Vorbem. vor § 504), auch Eck Bd. I S. 465 (in Analogie zum Wiederkaufsrecht) die Bestellung des Vorkaufsrechts als einen Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages mit Gebundenheit bis zur Ausübung bei Eintritt des Vorkaufsfalles. Aber auch diese Lösung kann nicht befriedigen. Abgesehen davon, dass das gesetzliche Vor-

1) Praktische Bedeutung spricht ihm auch Ed. Jaeger S. 42, 43 ab.

2) Dazu s. O L G ¹ S. 83 Hamburg, wonach das blosse obligatorische Vorkaufsrecht nicht zu den Rechten i. S. §§ 434, 439 gehört, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

3) Ebenso Windscheid Bd. II S. 600 für das Wiederverkaufsrecht.

4) Dieser ist aber nur nebensächlich, nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck und macht den Inhalt des Vorkaufsrechtes nicht aus.

kaufsrecht dann unverständlich ist, spricht dagegen zunächst dasselbe, was wir schon allgemein gegen die einheitliche Konstruktion vom Vorkaufsrecht und dem durch die Ausübung entstehenden Verhältnis einwendeten. Weiter ist dem Antrag wesentlich Verpflichtungswille, der Wille, sich zur Veräusserung des Grundstücks verbindlich zu machen, und wenn es auch nur unter einer Bedingung wäre. Wie schon oben dargetan, mangelt er dem Bestellungsakte. Da ferner zum Zustandekommen des Vertrages auf den Antrag hin nur die Annahme des anderen Teiles nötig ist (org. § 151 Halbsatz 1, org. e. contr. § 150 Abs. 2), bedarf er einer bestimmten Angabe von Inhalt und Umfang der beabsichtigten Verpflichtung. Diese Eigenschaften fehlen aber der Erklärung des Vorkaufspflichtigen bei der Bestellung des Rechts vollständig. Um überhaupt eine nur einigermassen sichere Unterlage zu gewinnen, müsste man ihm die mit dem Käufer noch zu vereinbarenden Bestimmungen zu Grunde legen.[1]) Diese bilden aber eben nicht den unveränderlichen Inhalt des Verhältnisses zwischen Verkäufer und Vorkäufer (§§ 507 ff). Namentlich beweist § 506 B. G. B., dass die Bedingungen des Kaufs nicht ohne weiteres Gegenstand des Vertragsantrags an den Vorkaufsberechtigten sein könnten. Jedenfalls würde es nach Plancks Konstruktion merkwürdig erscheinen, dass dem Antragsgegner die Annahme erst von einem bestimmten Zeitpunkte an möglich oder dass der Antrag überhaupt erst für einen bestimmten Zeitpunkt gemacht sein soll,[2]) dieser nicht aber schon dann gekommen ist, wenn der Vorkaufspflichtige seinen Antrag dem Käufer gegenüber bindend formuliert hat, sondern

1) Ed. Jaeger S. 96 will einen Antrag in der Mitteilung sehen, vergisst aber dabei, dass diese auch vom Dritten ausgehen kann und für die Ausübung gar nicht nötig ist.

2) Sonst käme es zum Abschluss eines bedingten Kaufvertrags!

erst wenn er von diesem angenommen ist. [1]) Noch unnatürlicher wird die ganze Gedankenfolge, wenn wir an den Fall der Veräusserung und Vererbung denken. Dass der Empfänger eines Antrags die dadurch für ihn geschaffene Möglichkeit der Annahme soll veräussern können, stimmt nicht zu § 150 Abs. 2. § 413 kennt nur Übertragung von Rechten. Die Vererbung erscheint wenigstens sehr zweifelhaft; § 153 erhält jedenfalls dem Antrag nur bei Tod des Antragstellers seine Wirksamkeit und lässt die Frage für den Fall des Todes der anderen Partei zum mindesten offen. Völlig im Stiche lässt uns aber die Planck'sche Theorie bei dem mehrmaligen Vorkaufsrecht, womöglich noch zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes. Wie soll man sich den Antrag vorstellen, an den der Besteller gebunden sein will? Sollen dies mehrere sein, jeder für einen bestimmten Kauf mit seinem besonderen Inhalt, oder soll sich der eine nach jeder Nichtausübung wieder verjüngen und einem Phönix gleich beim nächsten Vorkaufsfall aus seiner eigenen Asche steigen? Planck verkennt, dass es sich bei Begründung des Vorkaufsrechts keineswegs bloss um eine einseitige Erklärung [2]) von Seiten des Bestellers, sondern um eine vertragsmässige Vereinbarung handelt, zu deren Giltigkeit auch die Zustimmung des andern Teils gehört. Der Vorkaufsberechtigte erlangt dadurch nicht eine blosse Rechtsposition i. S. d. §§ 145/7, sondern ein ganz bestimmtes selbständiges Recht, wie es auch in §§ 511—514 zum Ausdruck kommt.

Das Vorkaufsrecht begründet sonach eine vertragsmässige Gebundenheit des Bestellers, die für ihn ausser

---

1) P. S. 1792 verlangen dies allerdings mehr aus praktischen Gründen. O L G 16 S. 412 [Frankfurt] lässt zwar eine vorzeitige Ausübung zu, aber doch eben nur wieder mit beiderseitiger Zustimmung.

2) Das ist der Antrag nach §§ 145, 148 B. G. B. jedenfalls so lange, als er nicht angenommen wird.

der nebensächlichen Benachrichtigungspflicht irgend eine Leistungsverbindlichkeit nicht enthält, auf der anderen Seite sich aber in der Möglichkeit äussert, durch einseitige Erklärung im geeigneten Falle ein Rechtsverhältnis herzustellen, das nach den Vorschriften über den Kauf zu beurteilen ist. Nicht eine Obligation i. S. einer Leistungspflicht sondern nur i. S. einer Haftung liegt vor.

Wie man dieses Rechtsgebilde bezeichnet, ist Nebensache. Es mit Kretzschmar S. 403 ein Erwerbsrecht[1]) zu nennen, ist zum mindesten missverständlich; denn es ist damit keineswegs die Möglichkeit gegeben, sich durch eigene Handlung das Eigentum des Kaufgegenstandes zu verschaffen, vielmehr nur das Verhältnis zu erzeugen, kraft dessen Übertragung gefordert werden kann.[2]) Nur die Stellung als Käufer könnte Objekt eines solchen Erwerbsrechtes sein. Schollmeyer S. 25, 26 spricht von einem Einlösungrecht, das er mit dem Rücktrittsrecht auf gleiche Stufe stellt; jedoch ist der Vergleich insofern nicht ganz glücklich, als das Rücktrittsrecht zwar nicht gerade vertragsauflösende, aber doch nur destruktive, nicht konstruktive Tendenz hat. Der Rücktritt von einem Kaufvertrage verpflichtet zur Rückgabe der empfangenen Leistungen, die Ausübung des Wiederkaufsrechts erzeugt dagegen ein ganz selbständiges Rechtsverhältnis mit bestimmten Ansprüchen unabhängig davon, ob der erste Kaufsvertrag schon erfüllt war oder nicht.

Von diesem rein persönlichen Verhältnis der §§ 504 ff unterscheidet sich das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff — ungeachtet seiner gegenständlichen Beschränkung — durch seine Dinglichkeit. Beruht deren Wesen darin, dass Dritte, d. h. Personen, die weder an der Begründung des

1) So auch Predari S. 443.
2) Auch s. O L G 7 S. 37 [Königsberg 1903.]

betreffenden Rechtsverhältnisses beteiligt noch später freiwillig eingetreten sind, doch seine Wirkungen [1]) unmittelbar gegen sich gelten lassen müssen, so erscheint uns des § 1098 Abs. 2 als die massgebende Bestimmung. Der dingliche Charakter unseres Instituts prägt sich aber ebenso deutlich in § 1097 Halbsatz 2 aus. Denn das Vorkaufsrecht für *mehrere Fälle* ist eine Konstruktion, die sich nur dadurch erklären lässt. Es handelt sich nämlich dabei nicht [2]) um eine *inhaltliche* Erweiterung der persönlichen Bindung dergestalt, dass der Besteller sich selbst für mehrere Fälle festlegt, sondern darum, dass ein neuer Eigentümer, der das Grundstück, trotz des § 1098 Abs. 2 käuflich erwarb, wegen Unterbleibens der Ausübung, *nunmehr seinerseits* vorkaufsmässig gebunden wird. Eine Vereinbarung, die den Eigentümer eines bestimmten Grundstücks dem Vorkaufsrechte unterwirft, wirkt an sich *nur unter den Vertragsparteien*; ein Neuerwerber müsste seinen besonderen Willen zur Uebernahme einer solchen persönlichen Gebundenheit erklären. [3]) Wenn aber, wie hier, die *blosse Tatsache des Eigentums* die vorkaufsmässige Gebundenheit im Gefolge hat, so kann das nur Kraft eines besonderen, an diesem Grundstücke bestehenden dinglichen Rechtes möglich sein. [4]) Allerdings beschränkt sich das Vorkaufsrecht nach Ansicht des Gesetzgebers gewöhnlich auf einen Fall und kann dann dingliche Wirkung gegen den Erwerber nur im Rahmen des § 1098 Abs. 2 äussern. Auch wird hier die Dinglichkeit von ganz anderem Gesichtspunkt aus betrachtet, als im § 1097 Halbs. 2; während es sich dort um die Äusserung der *vorhandenen* Bindung des *einen* Vorkaufspflichtigen gegen Dritte handelt, wird

1) Über die Art dieser Wirkungen s. Windscheid Bd. I S. 140 ff.
2) M Bd. III S. 452.
3) Ähnlich Wittmaack S. 468.
4) Ebenso M III S. 450: „Die mit dem Eigentum verknüpfte Verpflichtung!"

hier von der Begründung dieser Gebundenheit selbst in der Person eines Unbeteiligten gesprochen. Jedenfalls aber ist, wenn anders wir das dingliche Vorkaufsrecht mit den Motiven als ein inhaltlich geschlossenes und nur im Umfange seiner dinglichen Wirkung stärkeres oder schwächeres Institut behandeln wollen, aus obiger Feststellung der Schluss zu ziehen, dass zum Verständnis vom Wesen des dinglichen Vorkaufsrechtes, insbesondere seines Verhältnisses zur Obligation, nicht bloss § 1098 Abs. 2 dienen kann, vielmehr eine Auffassung, die darnach sehr nahe liegt, verworfen werden muss, weil sie zu § 1097 Halbs. 2 nicht stimmt. § 1098 Abs. 2. erweckt nämlich den Anschein, als sei das dingliche Vorkaufsrecht überhaupt nicht etwas Selbständiges, sondern nur ein zum persönlichen Vorkaufsrecht hinzutretendes, von diesem in seiner Existenz völlig abhängiges Accessorium. [1]) M. Bd. III S. 450 nennen ja auch seinen Zweck die „Verdinglichung der Obligation“ und lehnen seine Konstruktion als Retrakt mit der Begründung ab, dass dieser, von dem obligatorischen Vorkaufsrechte unabhängig, weiter gehen würde als der Zweck erheischt, weil dann der Zwischenkäufer die Einwendungen nicht geltend machen könnte, die in dem Schuldverhältnis zwischen dem vorkaufspflichtigen Veräusserer und dem Berechtigten liegen. Hier aber wird übersehen, dass § 1098 Abs. 2 den vormerkungsmässigen Schutz nicht dem obligationenrechtlichen Vorkaufsrecht, sondern nur dem mit der Ausübung entstehenden Übereignungsanspruch angedeihen lässt. Dieser beruht zwar auf einem nach §§ 504 ff zu beurteilenden Rechtsverhältnis, wie das aber zu Stande kommt, sagt nicht § 1098 Abs. 1, das steht in den §§ 1094, 1097; d. h. die nach §§ 504 ff geregelten Beziehungen zwischen Eigentümer und Vorkäufer ergeben sich aus der

1) So. Katz S. 10; auch Fuchs S. 342 Vorbem. IIa; Edemann Bd. II S. 694.

Begründung des dinglichen Rechts.[1] Dieses ist, anders wie Fuchs meint, in seinem Wesen grundverschieden von der Hypothek.[2] Wohl schützt es einen persönlichen Übergangsanspruch, dieser ist aber zugleich in ihm selbst begründet, nicht in einem daneben bestehenden obligatorischen Verhältnis. Nur wenn man die vorkaufsmässige Bindung als Inhalt des dinglichen Rechtes selbst ansieht, lässt es sich erklären, dass sie im Falle des § 1097 Satz 2 auf einen Dritten bloss Kraft des Eigentumserwerbes übergehen kann. Sehr richtig führen die Motive des Preuss. Ausführungsgesetzes zum B. G. B. S. 42 mit analoger Anwendung für das Wiederkaufsrecht aus. „Das in den §§ 497 ff B. G. B. geregelte obligatorische Wiederverkaufsrecht kann zwar auf Grund des § 883 B. G. B. durch Eintragung einer Vormerkung derart gesichert werden, dass der durch die Ausübung entstehende Anspruch auch dem Dritten gegenüber wirksam ist. Um jedoch den Rentengutsgeber den späteren Erwerbern gegenüber unmittelbar zum Wiederkauf zu berechtigen, müsste das Recht jedem Erwerber gegenüber von neuem vereinbart und wieder durch Vormerkung gesichert werden".[3] Deshalb wird das wiederholentliche Wiederkaufsrecht eingeführt. Den gleichen Standpunkt vertreten M. Bd. III S. 451, wenn sie der Bezugnahme in § 1098 Abs. 1 die Bedeutung beilegen, dass sonach eine Verpflichtung mit dem Eigentum des Grundstücks verknüpft und als Last auf dasselbe gelegt werden kann, deren Inhalt aus den allegierten Vorschriften des Obligationsrechts sich ergibt. Auch würde im Falle hypothekengleicher Akzessorietät das Fehlen einer den §§ 1138, 1153 analogen Bestimmung unerklärlich sein.[4]

1) Ebenso Planck Bd. III Vorbem. 2 vor § 1094.

2) Ebenso Predari S. 132.

3) A. A Immerwahr S. 327 Abschn. 2.

4) Natürlich nur, wenn man eine Verfügung über das dingliche Vorkaufsrecht für möglich hält.

Überhaupt sind Vergleiche mit anderen dinglichen Rechten nur schwer zu ziehen. Sicher ist ja nach dem Wortlaut des § 1094 so viel, dass das dingliche Vorkaufsrecht eine Belastung ist, also ein Recht, das dem innerlich unbeschränkten Eigentum am Grundstück eine äussere Grenze zieht; nicht ist es Eigentum selbst, auch nicht bedingtes Eigentum.[1]) Diese Auffassung die dem § 925 Abs. 2 aufs entschiedenste widersprechen würde, lehnen M. III S. 452 auch in der Formulierung eines bedingten Rechtes auf den Anfall des Eigentumes ab. Da es Dritten gegenüber als Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs wirkt, bedeutet es allerdings mehr als eine Belastung im landläufigen Sinne, nämlich eine Minderung des im Eigentum selbst liegenden rechtlichen Könnens, der unbegrenzten Verfügungsmacht; mehr aber auch nicht. Denn dieser Herabsetzung entspricht keineswegs auf der anderen Seite ein Zuwachs der Herrschaftsgewalt. Die Vormerkung ist ein Ersatz, nicht eine Art des bedingten Eigentumsübergangs. Zum Erwerb ist nach wie vor noch die Übertragung i. S. d. § 873 notwendig; ein Übergang in das Eigentum, d. h. endgiltige Feststellung eines bisher schon in seinen Grundlagen vorhandenen Rechtsverhältnisses, findet damit nicht statt.[2]) Zu dieser dem dinglichen Vorkaufsrecht erst durch die 2. Kommission verliehenen Vormerkungswirkung passtes allerdings wenig, wenn es jetzt[3]) zwischen Dienstbarkeiten und Reallast steht. Einen Berührungspunkt mit jenen hat es nur insofern als hier wie dort das Grundstück nicht schlechthin, sondern nur in einer einzelnen Beziehung, als Verkaufsgegenstand, als Wasserstelle, herangezogen wird.

1) So Immerwahr S. 300.

2) A. A. Immerwahr S. 340.

3) Früher stand es zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten.

Während es sich aber bei der Dienstbarkeit um Verwertung tatsächlicher Eigenschaften handelt, bezieht sich das dingliche Vorkaufsrecht auf die Möglichkeit, in Ansehung des Grundstückes ein bestimmtes Rechtsgeschäft vorzunehmen. Dieser Unterschied kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Wert der Dienstbarkeit in der kürzeren oder längeren Dauer ihrer Ausnützung beruht, das dingliche Vorkaufsrecht aber nur den Eigentumserwerb ermöglichen soll und mit dem Eintritt dieses einmaligen Erfolges seinen Zweck erfüllt hat. Während ferner bei Dienstbarkeiten grundsätzlich nur der Berechtigte tätig zu werden braucht, liegt schon im Begriff der an das Vorkaufsrecht geknüpften Auflassung eine selbständige Mitwirkung des Eigentümers begründet.

Darin erblicken M. III S. 450 Abs. 3 eine Annäherung an die Reallast. Diese ist nach §§ 1105, 1108 B. G. B. ein dingliches Recht, demzufolge aus einem Grundstück wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind und für die einmal fällig gewordene Schuld der Eigentümer auch persönlich haftet. Demgemäss bestimmte § 957 E I, dass der Dritterwerber dem Vorkaufsberechtigten das Grundstück herausgeben und zu Eigentum übertragen müsste. Freilich eine Haftung, die eine Befriedigung aus dem Grundstück auch ohne Zutun des Zwischenerwerbers zuliesse, ist damit nicht gegeben, da ja zum derivativen Eigentumserwerb die Einigung erforderlich ist und die dazu notwendige Willenserklärung nicht ausgeschaltet, sondern nur nach § 894 C PO ersetzt werden kann. In richtiger Erkenntnis, dass damit noch keine wirklich dingliche Haftung des Dritten geschaffen ist, verleihen E II und das Gesetz dem Vorkaufsrechte die Wirkung der Vormerkung und überheben somit die Eigentumsübertragung der Willkür des Zwischen-

erwerbers. Immerwahr S. 287 erblickt darin einen grundsätzlichen Bruch mit der Auffassung der Motive. Praktisch wird aber damit nur das auch von E I angenommene Prinzip der dinglichen Haftung des Dritten hergestellt, [1]) freilich mit dem Erfolge, dass jetzt der Dritte überhaupt gar nicht erst leistungspflichtig wird [2]) und damit die Theorie von der Reallast fällt Sie war aber auch schon nach E I nicht haltbar. Denn der nur für unwesentlich ausgegebene Unterschied, dass hier etwas aus dem Grundstück, dort dieses selbst gefordert werden kann, ist eben doch zu fundamental. Der Gedanke, den Dritten giltig Eigentum erwerben, kraft dieses Erwerbes aber für den Übereignungsanspruch dinglich haften zu lassen, ist ein Widerspruch in sich selbst. Auch liegt es im Wesen des Vorkaufsrechts, dass die Leistungspflicht nicht zu wiederholten Malen entstehen kann, sondern dass es mit einmaliger Erfüllung erlischt. Nur die Bindung, Kraft deren bei Ausübung der einmalige Anspruch entsteht, kann eine wiederholentliche sein im Falle des § 1097 Halbsatz 2 B. G. B., und sie allein ist für jeden Erwerber ein unmittelbarer Ausfluss seines Eigentums. [3])

Das dingliche Vorkaufsrecht hat also mit der Reallast insofern eine Ähnlichkeit, als aus der Belastung auch ein persönliches Verhältnis zum Eigentümer hervorgeht, nur dass dieses eine Gebundenheit, nicht eine Leistungspflicht ist. Die wiederholungsfähige Bindung kann einmal bei Ausübung eine Übereignungspflicht erzeugen, für die auch der Rechtsnachfolger dinglich haftet, jedoch nicht reallastmässig, sondern nach der

1) Siehe M. III S. 457 zu § 957.

2) Wenigstens im materiellen Sinne nicht; die nach G B O erforderliche formelle Zustimmung ist nur eine Hilfshandlung zur Vornahme der dem Verkäufer obliegenden Übertragung. Anders Katz S. 78.

3) Ähnlich Predari S. 197 Anm. 3.

Art des § 1098 Abs. 2. Im übrigen erklären M. III S. 451 No. 4 selbst, dass das dingliche Vorkaufsrecht nicht wie die Reallast darauf ausgeht, eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Grundstückseigentümers zu verschaffen.[1] Immerwahr S. 285 bekämpft dies: aber auch wenn es die Theorie vom bedingten Kaufvertrag verficht, darf er doch nicht übersehen, dass die Reallast als solche eine einseitige Pflicht des Eigentümers begründet, beim Vorkauf aber schon der Inhalt des Rechtes den eventuellen Anspruch nur als gegenseitigen kennzeichnet. Das Ausschlaggebende bleibt jedoch, dass der Anspruch nicht schon kraft der Belastung, sondern erst zufolge der Ausübung entsteht. Es soll nur durch eine insoweit wirksame Verhinderung des Dritterwerbes dem Berechtigten die Möglichkeit offengehalten werden, den mit der Ausübung entstehenden Übereignungsanspruch durchzusetzen.

§ 3.

Der Gegenstand des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Gegenstand des dinglichen Vorkaufsrechtes kann nur ein Grundstück sein. Für bewegliche Sachen ist es mangels Bedürfnisses und der Möglichkeit es für Dritte kenntlich zu machen,[2] ausgeschlossen worden. Auch das Zubehör kann nicht selbständiges Objekt eines dinglichen Vorkaufsrechtes sein. Denn § 1096 gestattet eine Erstreckung darauf nur, soweit es mit dem Grundstück verkauft wird; keinesfalls entsteht eine Belastung an den einzelnen zur Zeit der Bestellung vorhandenen Sachen. Ihre geson-

1) Trotzdem kann es natürlich, namentlich als mehrmaliges den Wert des belasteten Grundstückes mindern.

2) M. III S. 453 No. 3.

derte Veräusserung bildet keinen Vorkaufsfall. Die Erweiterung ist also lediglich eine Ausdehnung des dinglichen Rechtes am Grundstücke, bedarf sonach der Form, die für Begründung dieses Rechtes selbst notwendig ist, d. h. der Einigung und Eintragung i. S. d. § 873.[1]) Andernfalls kann nur ein persönliches Vorkaufsrecht (§ 140),[2]) nicht aber eine gegen den Dritten wirksame Belastung entstehen, wie es nach § 1096 geschehen soll. Die Wirkung gegenüber dem Dritten bei der Ausübung hat man sich so vorzustellen, dass analog wie beim Grundstücke selbst, von dessen Erwerb auch der am Zubehör, wenigstens in der Form des § 926, abhängig ist, die Übereignung ungiltig erscheint, und der Käufer wie dort seine Eintragung so hier seinen Besitz aufgeben muss. Wie nun, wenn fremdes Zubehör mit verkauft und gutgläubig erworben wird? Darüber schweigt das Gesetz. Da die Bestimmung des § 1096 doch nur dem Bedürfnis entsprungen ist, das was wirtschaftlich zusammengehört, auch rechtlich bei einander zu behalten, so muss folgerichtig die Ausübung hinsichtlich des ganzen mitverkauften Zubehörs ohne Rücksicht auf die besonderen Rechtsverhältnisse der einzelnen Gegenstände[3]) wirksam sein. Der Käufer hat sie also, soweit er Eigentümer durch gutgläubigen Erwerb geworden ist an den Vorkäufer zu übereignen, während er bei den übrigen nur zu der dem Verkäufer obliegenden Übertragung mitzuwirken hat; an dem Weiterbesitz der einzelnen

1) Anders bei der Hypothek, weil da schon der gesetzliche Inhalt des Rechtes soweit reicht, § 1120.

2) Stets muß aber eine besondere Vereinbarung da sein; § 314 hat nicht Statt, da eine Verpflichtung zur Veräusserung des Grundstücks nicht übernommen wird.

3) Anders in § 1120 B. G. B., wo es sich aber auch bloß um Befriedigung aus den Gegenständen handelt, während sie hier zur Weiterbewirtschaftung dienen sollen.

Zubehörstücke wird ihm nach Verlust des Grundstückes auch nichtsmehr gelegen sein. Durch diese Regelung ist einmal der gerechtfertigten Billigkeitserwägung der einen Partei der 2. Kommission (P. S. 4817 Antrag 2) und dem Hinweis auf § 439 Abs. 2 E II (jetzt § 505 Abs. 2) genügt, andererseits die von den Antragstellern zu P. S. 4816 No. 3 gewünschte Einheitlichkeit des Vorkaufsrechtes in seinen Wirkungen gegenüber dem Vorkaufspflichtigen und dem Käufer erzielt.

Auch die grundstücksgleichen Rechte können unter Beobachtung des § 7 G. B. O. vorkaufsmässig belastet werden. Im B. G. B. kommt nur das Erbbaurecht in Frage. Doch weist die Landesgesetzgebung noch verschiedene solche Rechte auf. [1])

Nach § 1095 kann das dingliche Vorkaufsrecht auch an einem Grundstücksbruchteil bestellt werden, d. h. den §§ 741 ff zufolge an dem rechnungsmässigen Teil des ganzen in Natur ungeteilten Grundstücks. Diese Möglichkeit soll namentlich den Miteigentümern Ersatz für den weggefallenen gesetzlichen Retrakt bieten, ist aber nunmehr allgemein auch für bisher noch nicht Eigentumsbeteiligte zugelassen. Dagegen ist die Neubildung eines solchen Anteils durch den Alleineigentümer zum Zweck der Belastung unzulässig, wie dies in der ursprünglichen Fassung des § 1095 (E I § 953) noch klarer ausgesprochen war. [2]) Andererseits geht das Vorkaufsrecht durch die Vereinigung der Anteile in einer Hand allein noch nicht zu Grunde. Denn § 1095 stellt nur eine Voraus-

1) Für Sachsen s. Kloß S. 135.

2) M III S. 454; immer ist natürlich besondere Bestellung nötig, eine Vereinbarung nach § 1010 kann kein Vorkaufsrecht schaffen.

setzung für die Bestellung, nicht für den Fortbestand auf.[1])

Bei Gesamthandsverhältnis ist etwas Ähnliches ausgeschlossen, da keiner der Gemeinschafter einen frei verfügbaren Anteil an den einzelnen Gegenständen hat, sondern nur alle zusammen über das Gesellschaftsvermögen beschliessen können. (§ 719). Auch die Bestellung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes muss hier nach § 306 B. G. B. ungiltig sein. Für die Teilhaber besteht wegen dieser Gebundenheit auch gar kein Bedürfnis zu Vorkaufsrechten auf Anteile, die ihnen bei Ausscheiden eines Mitgliedes von selbst anwachsen. Nur für die Miterben, die ihren Erbanteil als Ganzes übertragen können, war die Bestimmung des § 2034 Abs. 2 eine Notwendigeit.

Die Belastung eines realen Grundstücksanteils, also einer äusserlichen Abteilung seines Flächenumfanges, ist natürlich ohne die hier gar nicht anwendbare Beschränkung des § 1095 zulässig. Jedoch ist das insofern rein theoretisch, als der betreffende Teil nach § 6 G. B. O. — wenn auch nicht zur Giltigkeit der Rechtsbestellung — abgeschrieben und als selbständiges Grundstück behandelt werden muss. Satz 2 des § 6 G. B. O. trifft nicht zu, da es sich nicht um eine Grunddienstbarkeit und trotz mancher konstruktiver Ähnlichkeit auch nicht um eine Reallast handelt.[2]) Eine analoge Anwendung hat keinen

---

1) Katz S. 40 behauptet, daß durch Zuschreibung eines vorkaufsbelasteten Grundstückes ein Vorkaufsrecht an einem Bruchteil des neuen Gesamtgrundstücks entstehe. Zwar läßt sich das zugeschriebene Grundstück auch als ein quotenmässiger Teil des ganzen Grundstücks berechnen, das Vorkaufsrecht bleibt aber nach wie vor nur an dem räumlich abgegrenzten Teil bestehen, den das zugeschriebene Grundstück darstellt; es geht nicht auf das ganze Grundstück zu einem entsprechendem Bruchteil über [§ 890 Abs. 2 nicht „wesentlicher" Bestandteil! § 1131].

2) Ebenso Predari S. 73.

grossen Zweck, weil ja für den Fall der Ausübung doch Abschreibung erfolgen muss. [1])

§ 4.

Erwerb des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Der Erwerb eines Rechtes erfolgt entweder originär, durch Begründung, oder derivativ durch Übertragung.

Die Begründung kann kraft Vertrags oder ohne Zutun der Betroffenen durch Gesetz erfolgen. Die zweite Art ist dem B. G. B. fremd. Das Vorkaufsrecht des Miterben, die einzige Ausnahme, bezieht sich nicht auf einen Einzelgegenstand, sondern auf den Anteil am Nachlass als ein Ganzes. Auch dem Landesprivatrecht ist nur in den ihm besonders vorbehaltenen Gebieten die Beibehaltung, bez. Neueinführung gesetzlicher Vorkaufsrechte überlassen (Art. 3 und 218 E. G.) Es kommen da vor allem die lehensrechtlichen Verhältnisse, die Rentenguts- und die Berggesetzgebung sowie die dem Landesrecht als Ausübung öffentlicher Gewalt zustehende Enteignung in Betracht (Art. 59, 62, 63, 67, 72 E G). [2]) Die Frage, ob früher entstandene gesetzliche Vorkaufsrechte im B. G. B. noch Geltung haben, ist nicht einfach nach Art. 184 E G zu entscheiden, sondern darnach, ob das Rechtsverhältnis, dessen Ausfluss das gesetzliche Vorkaufsrecht ist, noch nach bisherigem oder nach neuem Rechte zu beurteilen ist. Für das Miteigentum nach Bruchteilen gelten (Art. 173, 181 Abs. 1 gegen Abs. 2 E G) seit dem Inkrafttreten des B. G. B. die §§ 1008 ff Art. 184 E G findet darauf und somit auch auf das dingliche Vorkaufsrecht, das es etwa gewährte, keine An-

1) Von den besprochenen Fällen wesentlich zu unterscheiden ist die Frage, ob das ganze Grundstück mit einen Vorkaufsrecht für den Fall der Veräusserung eines bestimmten Teils belastet werden kann. Das ist eine Frage nach dem Inhalt des Rechtes, die später zu beantworten ist.

2) Für das Sächs. Recht s. Kloss S. 104; für Preussen s. Türcke Bd. II S. 252.

wendung; es fällt also weg und kann seit dem 1. I. 1900 nichtmehr ausgeübt werden, auch dann nicht, wenn der Vorkaufsfall vor dieser Zeit liegt. Denn nicht schon der Kauf von Seiten des Dritten, sondern erst die Ausübung gibt dem Berechtigten einen selbständigen, nur in sich gegründeten Anspruch, der vom Weiterbestand des Miteigentums oder des gesetzlichen Vorkaufsrechtes unabhängig ist. Für die Ausübung selbst ist dies aber nach Giltigkeitsvoraussetzung.

Zur vertragsmässigen Begründung ist, wie bei jedem anderen dinglichen Rechte auch, Einigung und Eintragung erforderlich gemäss § 873 B. G. B. Der Besteller muss hier Eigentümer sein. Bei Begründung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes ist das nicht erforderlich, weil ja die Verpflichtung zu einer Übereignung auch die Bindung für eine solche nicht davon abhängt, dass man den Gegenstand besitzt. [1]) Da diese hier Inhalt des dinglichen Rechtes selbst, nicht einer daneben bestehenden Obligation ist, hat sich die Einigung auch darauf zu erstrecken, der besondere Abschluss eines obligatorischen Vertrags ist überflüssig und genügt auch nicht. [2]) Die Eintragung müsste eigentlich in der Lasten-Abteilung des Grundbuchs erfolgen; in Preussen und Sachsen wird aber aus praktischen Gründen — wegen der Vormerkungswirkung und der bezweckten Übereignung — die Rubrik des Eigentümers dafür bestimmt. Hinsichtlich des §§ 892 f. B. G. B. ist das belanglos, da als Grundbuch i. S. d. B. G. B. das ganze Blatt anzusehen ist (§ 3 G. B. O.). Nur der Rang wird anders festgestellt (§ 879 B. G. B.) Auf die Eintragsbewilligung kann nach der nunmehr allgemein gefassten Bestimmung des § 874 Bezug genommen werden, aber nur soweit es sich um den

1) Ebenso Katz S. 17; a. A. Immerwahr S. 296
2) A. A. Immerwahr S. 293; Endemann Bd. II S. 694

Inhalt des Rechtes handelt, also um Mass und Art der dadurch begründeten Befugnisse; Uebertragbarkeit, Vererblichkeit, Wirksamkeit für mehrere Fälle sind äussere, im Wesen des dinglichen Vorkaufsrechtes an sich nicht begründete Eigenschaften und bedürfen zur Vermeidung der Gefahr des § 892 selbständiger Eintragung. Das Vorkaufsrecht zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes ist nach § 8 G. B. O. antragsgemäss auch auf dessen Blatt zu vermerken, hier natürlich in Abteilung I.

Ist der Besteller nicht Eigentümer, aber als solcher eingetragen, so finden die Vorschriften über den guten Glauben Anwendung.[1] Das dingliche Vorkaufsrecht wirkt zwar nach § 1098 Abs. 2 auch wie eine Vormerkung, ist aber ein selbständiges Recht; seine Bestellung ist also Rechtserwerb i. S. d. § 892 B. G. B. Den guten Glauben vorausgesetzt, gilt der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten des Erwerbers als richtig, d. h. es wird so angesehen, als ob der wirklich Berechtigte die Verfügung über das Grundstück vorgenommen hätte. Demzufolge ist nun der wahre Eigentümer für den nächsten Verkauf gebunden. Die Analogie zur Hypothek oder zum bloss vormerkungsmässig geschützten Anspruch[2] würde dazu führen, den Vorkaufsfall in einem Verkauf des Bestellers zu erblicken und den wahren Eigentümer nur dinglich haften zu lassen.[3] Eine solche Accessorietät der dinglichen Sicherung besteht aber nicht, vielmehr ist die vorkaufsmässige Bindung Inhalt der Grundstückslast, kann also grundsätzlich nur den Eigentümer treffen, und nur sein Verkauf gibt die Möglichkeit der Ausübung. Nun

1) Davon zu scheiden der Fall der Verfügung über das Vorkaufsrecht.

2) Wie es hier zu halten ist, s. Strohal S. 30.

3) Eine persönliche Vorkaufsobligation des Bestellers kann man nach § 140 B. G. B. allenfalls annehmen, dafür haftet aber dann das Grundstück nicht.

wird zwar nach § 892 der Besteller als Eigentümer fingiert, aber doch nur zum Schutze des Erwerbes, d. h. nur für den Augenblick des Bestellungsaktes, nicht etwa in dem Sinne, dass er hinsichtlich dieser Last für alle Zeit als Eigentümer fortzugelten habe. Während der weiteren Dauer seiner Eintragung spricht nur die jederzeit widerlegbare Vermutung des § 891 für ihn. Schliesst er nun doch einen Kaufvertrag, so ist dies an sich nicht der Vorkaufsfall, für den das Grundstück haftet. Und nun steht der Vorkaufsberechtigte da und sieht ohnmächtig zu, wie der fremde Biedermann sich in den Räumen breit macht, die er selbst beziehen wollte? Doch einen Zugang giebt es noch, freilich eine ziemlich verdeckte Seitenthür: § 893 Halbsatz 2. Nach dem Wortlaute trifft er freilich anscheinend nur die Fälle, wo der Nichtberechtigte selbst über das ihm fälschlich eingetragene Recht verfügt. Hier aber ist es doch so, dass der Vorkaufsberechtigte, dessen Recht jetzt wirklich besteht, gegenüber dem falschen Eigentümer ein Rechtsgeschäft vornehmen will. Nach der Fassung des entsprechenden § 838 E I war es gar nicht zweifelhaft, dass auch diese Fälle hierher gehören sollten. M. III S. 223 führen auch ausdrücklich die Ausübung einer Grunddienstbarkeit und die Kündigung einer Reallast gegenüber dem eingetragenen Nichteigentümer an. P. S. 3453 erklären sich sachlich damit einverstanden und nehmen den entsprechenden Antrag an, in dem gegenüber den Motiven nur deutlicher hervorgehoben wird, dass das Rechtsgeschäft zum Zwecke einer Rechtsänderung (nicht aber zum Zwecke der Abänderung gerade des falsch eingetragenen Rechts!) vorgenommen sein müsse. Diese Auffassung wird bestätigt durch P. S. 4429, wo bei Beratung des jetzigen § 1141 Abs. 1 Satz 2 davon ausgegangen wird, dass der Hypothekengläubiger bei Kündigung gegenüber dem eingetra-

genen Nichteigentümer schon nach § 810 E II (§ 893 des Gesetzes) geschützt sei, dies aber nicht genüge. Die Denkschrift S. 122, die in § 877 die jetzige Fassung bringt, betont nur, dass es sich bei dem Rechtsgeschäft um eine Verfügung handeln müsse, im übrigen fasst sie nur die bisherige Ansicht der 2. Kommission zusammen. Es braucht also für § 893 nicht einer Verfügung über das falsch eingetragene Recht; es kann vielmehr auch eine solche über das bestehende Recht des „Andern" gegenüber dem unrichtig Eingetragenen geschützt werden. Die Ausübung ist aber eine Verfügung über das Vorkaufsrecht, also eine gegenwärtige Veränderung seines Zustandes deswegen, weil sie den Kaufanspruch zu Stande bringt und so die Gebundenheit des Vorkaufspflichtigen beseitigt. In Ansehung des Eigentums geschieht sie, da doch jede Verfügung, die den Inhalt der Last betrifft, auch auf das Eigentum zurückwirken muss.

Nach alledem wird der nichtberechtigte Veräusserer bei gutgläubiger Ausübung als Eigentümer fingiert, der Vorkaufsfall gilt als eingetreten, und der Vorkaufsberechtigte hat seinen Übereignungsanspruch. Sein Eigentumserwerb ist wieder selbständig nach § 892 geschützt. Ist er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gutgläubig, so kann er freilich vom Besteller nichtmehr erwerben. Mit der Ausübung hat er aber einen persönlichen Anspruch gegen ihn erlangt, für den der wahre Eigentümer zufolge der giltigen Belastung haftet, als wenn er dem Berechtigten selbst eine Vormerkung für den Auflassungsanspruch bestellt hätte. Während nämlich die vorkaufsmässige Gebundenheit, die nach § 1094 die Ausübung ermöglicht, als Inhalt der Grundstücksbelastung gar nicht von der Person des Eigentümers losgelöst werden kann, ist der Schutz, den § 1098

Abs. 2 gewährt, rein akzessorisch zu dem schliesslichen Auflassungsanspruch. Die dingliche Haftung, die in der Vormerkung als einer Bindung der freien Verfügungsmacht des Bestellers liegt, kann ebenfalls nur den Eigentümer als solchen treffen, der gesicherte Anspruch braucht aber nicht notwendig gegen seine Person gerichtet zu sein, da auch eine Verpflichtung des Nichteigentümers zur Auflassung wirksam bleibt. [1]) Aus seiner giltigen vormerkungsmässigen Gebundenheit, die durch mala fides superveniens nach Bestellung des Vorkaufsrechtes nicht mehr beseitigt wird, ergibt sich für den Eigentümer der Zwang, der Auflassung des unbefugten Verkäufers die erforderliche Genehmigung zu erteilen, damit der Vorkäufer Eigentum erwerbe. [2]) Hat aber der Vorkaufsberechtigte schon beim Eintritt des Vorkaufsfalles von der wahren Sachlage Kenntnis erlangt, so kann er nicht ausüben, erwirbt keinen Anspruch, der nach § 1098 Abs. 2 gedeckt wäre, und hat infolgedessen keinen Schutz gegen den gutgläubigen Dritterwerber. In diesem Falle wird ihm nichts anderes helfen als den wirklichen Eigentümer möglichst bald zur Erhebung eines Widerspruchs zu veranlassen. Ob er selbst einen solchen eintragen lassen kann, ist zweifelhaft. Doch wird man seine nach §§ 899, 894 erforderliche Aktivlegitimation daraus entnehmen können, dass sein Recht insofern unrichtig eingetragen ist, als die unrichtige Angabe der Eigentumsverhältnisse zugleich einen falschen Rückschluss auf den Eintrittt des Vorkaufsfalles zulässt. Andernfalls würde er trotz der Unmöglichkeit der Ausübung doch dem Verluste seines Rehtes durch den gutgläubigen Dritterwerb schutzlos preisgegeben sein. Denn

1) A. A. Sekler 1904 S. 27 ff.
2) Dazu s. besonders Strohal a. a. O.

für den Käufer gilt zufolge seines guten Glaubens der ganze Inhalt des Grundbuchs als richtig, er kann also seinen Erwerb vom eingetragenen Eigentümer als Vorkaufsfall [1]) ansehen und nach Ablauf der Erklärungsfrist Löschung mangels Ausübung verlangen. Dies erscheint für den Vorkaufsberechtigten als ein Widerspruch, ergibt sich aber daraus, dass die Vorschriften der §§ 892 f nur zu Gunsten, nicht auch zu Lasten des Erwerbers wirken.

Für den obligatorischen Vertrag, durch den sich jemand zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes verpflichtet, fordert die herrschende Lehre unter Führung von Staudinger (zu § 1094), Planck (Vorbem. 4 vor § 1094), Immerwahr S. 295 ff die Form des § 313. [2]) Diese Vorschrift bildet gewiss eine der schwerwiegendsten Ausnahmen von dem Grundsatz der Formfreiheit im B. G. B., ist also nicht ausdehnend auszulegen. Es muss mithin wirklich ein Fall des § 313 gegeben sein. Deswegen stützt man sich auch stets darauf, dass in der Bestellung des Vorkaufsrechtes eine bedingte Verpflichtung zur Veräusserung enthalten sei, und verlangt in dem richtigen Grundgedanken, dass wenn das Formerfordernis für die Übernahme einer solchen Verpflichtung nicht leere Vorschrift werden soll, für einen Vorvertrag, der zum Abschluss jener Vereinbarung zwingt, die Beobachtung desselben Formzwanges. [3]) Die Frage ist also für die Bestellung des Vorkaufsrechtes selbst und für den Ab-

1) Das gehört — ebenso wie der Bedingtheit, Befristung usw. bei einer bloß vormerkungsmäßig geschützten Forderung — zum Inhalt des Grundbuchs i. S. d. § 892, da es den Inhalt eines eingetragenen Rechtes ausmacht.

2) Dagegen Predari S. 444, Oberneck I S. 712, Kretzschmar S. 405. Über die Rechtsprechung vgl. oben S. 14 Bem. 1.

3) Deswegen inkonsequent Endemann II S. 694, der in der Bestellung des Vorkaufsrechts einen Vorvertrag auf Kaufabschluß erblickt [Bd. I S. 1014] und doch § 313 nicht anwendet.

schluss des Vorvertrags einheitlich zu beantworten, und wenn man sie aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses zwischen Vorkaufspflichtigem und -Berechtigtem lösen will, muss man sie zufolge dem § 1098 Abs. 1 einheitlich für die Bestellung des dinglichen wie des persönlichen Vorkaufsrechtes und damit auch einheitlich für den Vorvertrag auf Bestellung des dinglichen und für die Begründung des persönlichen Vorkaufsrechts am Grundstück behandeln. [1]) Aus den Materialien lässt sich da ein Ergebnis nicht gewinnen. Einmal lehnen die P. S. 1797 die Formalisierung der Ausübungserklärung mit dem Hinweis darauf ab, dass schon die Bestellung des Vorkaufsrechtes als Verpflichtung zur Veräusserung formbedürftig sei. Dagegen wird in P. S. 921 ff der Antrag, die Formvorschrift des § 351 E I (jetzt § 313) auch für die Verpflichtung zur Bestellung anderer Rechte, „z. B. des Vorkaufsrechtes" einzuführen, als unnötige Ausdehnung verworfen was natürlich nicht berechtigt wäre, wenn ein Vorvertrag zur Übernahme einer Auflassungspflicht vorläge. Es bleibt nur übrig, aus dem Gesetze selbst eine Entscheidung zu gewinnen. Abgesehen davon, dass hier ein Anhalt zur Auffassung der Vorkaufsbestellung als Begründung einer Veräusserungspflicht nicht gegeben ist, liegt der grösste Widerspruch für die gegnerische Ansicht darin, dass sie für den Verpflichtungsvertrag eine schärfere Form verlangen als für das Erfüllungsgeschäft, durch das ev. auch die an sich nichtige Verpflichtung giltig

1) Anders RG 67 S. 47, das für den Vorvertrag nicht, wohl aber für die Begründung des persönlichen Vorkaufsrechtes § 313 fordert. Um diese Unterscheidung zu halten, führt es dem § 1098 Abs. 1 zuwider aus, dass ein bedingter Anspruch auf Uebereignung nur beim persönlichen Recht nicht bei der Last entstehe. Soweit es verschiedene Formvorschriften aus der dinglichen, bez. nur persönlichen Wirksamkeit herleiten will, s. Bem. 1. 13.

werden soll. Die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes, in der Planck Bd. II. S. 415 logischerweise den Fall des § 313 Satz 2 erblickt, geschieht nach § 873 durch grundsätzlich formlose Einigung und Eintragung die gar durch bloss einseitige öffentlich beglaubigte Anträge veranlasst werden kann (G. B. O. 30 §§ 19, 29 gegen § 20.)[1] Fuchs S. 347 will demzufolge entgegen dem § 873 B. G. B, auch für das dingliche Vorkaufsrecht den § 313 reklamieren. Der Notwendigkeit, den Besteller durch erschwerte Formvorschriften gegen Übereilung zu schützen wird aber schon dadurch Rechnung getragen, dass der Verkauf an den Dritten dem § 313 unterliegt und sonst nur durch Beobachtung des noch strengeren § 925 giltig werden kann.[2]

Testamentarische Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechtes .kann nur den Sinn einer Verpflichtung des Erben zur Bestellung haben, da das B. G. B. ein Vindicationslegat nicht kennt.

Ebensowenig ist eine Ersitzung möglich, auch nicht im Rahmen des § 900 Abs. 2, da eine Berechtigung zum Eigenbesitze nicht vorliegt.

Streitig ist, ob ein Erwerb durch rechtsgeschäftliche Übertragung oder Vererbung möglich ist. Immerwahr S. 290 hält es für ausgeschlossen. Er führt aus, dass durch die Bestimmung des § 1098 Abs. 1 auch der hier in Frage kommende § 514 B. G. B. Teil des sachen-

---

1) In Anerkennung dieses zwingenden Argumentes verlangt R. G. 67 S. 47 den § 313 nur für die Bestellung des persönlichen, nicht für den Abschluß des Vorvertrags hinsichtlich des dinglichen Vorkaufsrechtes. Das Erfordernis der strengeren Form für jenes wird erklärt durch die Vertragsfreiheit beim obligatorischen Recht und die damit verbundene Möglichkeit, hier drückendere Einzelbedingungen auszumachen. Das Gesetz hat aber doch gerade die Parteivereinbarung beim dinglichen Vorkaufsrecht eben deswegen ausgeschlossen, weil es darin eine viel härtere Bindung als im persönlichen erblickt.

2) Damit wollen wir uns aber nicht Predari S. 442 anschließen, der den Übereignungsanspruch schon mit dem Vorkauf, nicht erst mit der Ausübung entstehen läßt.

rechtlichen Systems werde, also wie alle diese Normen durch Parteiwillkür in seinem gesetzlichen Inhalt nicht abgeändert werden könne. Als solchen bezeichnet er nur die Anfangsworte; den Zusatz „sofern nicht ein anderes bestimmt ist," erklärt er für eine unnötige Betonung des Umstandes, dass § 514 dem Obligationenrechte angehört. Als eigentümlich obligatorisch könne diese Vorschrift nicht in das Sachenrecht übernommen werden. Es liegt aber durchaus nicht im Wesen des Obligationenrechtes, dass alle seine Bestimmungen mangels gegenteiliger Anordnung frei abänderungsfähig wären. Die §§ 399 Halbsatz 1 und 400 können auf diese Weise nicht umgangen werden. § 399 Halbsatz 2 wäre ebenso überflüssig wie § 510 Abs. 2 Satz 2, wenn die Behauptung Immerwahrs in ihrer Allgemeinheit richtig wäre. Bei der Frage der Übertragbarkeit handelt es sich eben nicht mehr um den Inhalt der gegenseitigen Verpflichtungen, sondern um Eigenschaften derselben, die auch für Dritte wichtig sind. Der Zusatz in § 514 hat also seinen guten Grund und ist nicht bloss ein Niederschlag der obligationenrechtlichen Natur der §§ 504 ff. [1]) Andererseits brauchen durchaus nicht alle Vorschriften des Sachenrechts absolut bindend zu sein. Es sei nur verwiesen auf §§ 1010, 1092 Satz 2, 1108 Abs. 1, 1193 und 1214 B. G. B. Eine Beschränkung des § 514 nur wegen seiner Einbeziehung in die §§ 1094 ff ist also keineswegs erforderlich, sie ist auch sonst nicht begründet. Die von Immerwahr angerufene Stelle M Bd. III S. 453 wendet sich allerdings gegen die Vererblichkeit und Übertragbarkeit. Wie aber aus dem einleitenden Satze hervorgeht, sprechen sie nur von der Unveräusserlichkeit im Umfang des persönlichen Vorkaufsrechts; es heisst dort: „Nach §§ 486, 487 Nr. 1 ist das

1) Deshalb halten auch P. S. 1320 den Zusatz zu § 486 E I für erforderlich.

obligatorische Vorkaufsrecht unveräusserlich und unvererblich (seil. mangels anderer Vereinbarung M II S. 351); diese Eigenschaften *bewahrt* es auch im Falle seiner Verdinglichung." Von einer Änderung der Bestimmungen ist keine Rede. Wenn dann aufgezählt wird, was für die „Nichtzulassung" der Vererbung spricht, so ist das nur eine *allgemeine* Betrachtung, es wird aber nicht gesagt, dass sie nun auch *für den vorliegenden Fall* tatsächlich *durchgeführt* werden soll. Die Gefahr weitgehender Zersplitterung und übermässiger Verlängerung hätte ebenso gegen die Zulassung des dinglichen Vorkaufsrechtes für den *jeweiligen Eigentümer* eines Grundstückes sprechen müssen. Denn als Bestandteil i. S. d. § 96 B. G. B. unterliegt es den gleichen Teilungsmöglichkeiten und dem Erbgang wie das herrschende Grundstück selbst. Ähnliche Verwickelungen können sich durch Begründung eines *gemeinschaftlichen* Vorkaufsrechts ergeben, die durch die Bezugnahme des § 1098 Abs. 1 auch auf § 513 nicht völlig behoben werden. Den weiteren Vorteil eines baldigen Unterganges der Belastung aber kann ein Gesetz, das ein *mehrmaliges* Vorkaufsrecht ermöglicht, nicht hoch anschlagen. Gerade der Umstand, dass es sogar für *alle* Fälle zugelassen wird, hat schon zur logischen Voraussetzung mindestens die Vererblichkeit, denn auf juristische Personen und den jeweiligen Grundstückseigentümer ist es nicht beschränkt, und *ein* Mensch könnte gar nicht alle Fälle erleben. Schliesslich kann Immerwahr nicht bestreiten, dass § 1098 auf den *ganzen* § 514, also auch auf den Satz Bezug nimmt: „Ist das Recht auf bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich". Für diesen Fall giebt er S. 291 die Vererbung zu. Das ist aber von seinem Standpunkt aus nicht folgerichtig. Denn die Vorschrift stellt weiter nichts dar als eine *Auslegungs-*

regel für die im ersten Satze zugelassene Parteidisposition. Wer deren Möglichkeit für das dingliche Vorkaufsrecht leugnet, kann auch nicht jene Bestimmung als Ausnahme gelten lassen. Es fehlt dazu an jedem inneren Grund. Durch Festsetzung langer Fristen würde ja doch die abgelehnte Vereinbarung der Vererblichkeit ersetzt werden können. Das dingliche Vorkaufsrecht ist mithin vererblich und gemäss M. III S. 453 zugleich übertragbar. Die Behauptung, dass es nur höchstpersönlichen Interessen diene, ist nicht gerechtfertigt. [1])

Vererblichkeit und Übertragbarkeit gehören nicht zum Inhalt des Verhältnisses zwischen dem Vorkaufspflichtigen und -Berechtigten (arg. § 399 B. G. B.), sind aber besondere Eigenschaften, die das Vorkaufsrecht in ganz bestimmter Weise charakterisieren und infolgedessen bei der Belastung mit Gegenstand der Einigung und der Eintragung sein müssen. Eine Bezugnahme nach § 874 ist jedoch ausgeschlossen. Fehlt es an der grundbücherlichen Verlautbarung, so ist die Abtretung unmöglich und ihre Eintretung inhaltlich unzulässig (§ 54 G. B. O.!)

Die Übertragung selbst erfolgt nach § 873 B. G. B. und ist nach §§ 892 f geschützt. Auf die eingetragene Übertragbarkeit kann sich der Dritterwerber verlassen, da ja bei gutem Glauben nicht bloss der Inhalt der Rechte, sondern auch die sonstigen Angaben des Grundbuchs über eintragungspflichtige Tatsachen als richtig gelten.

Ist Veräusserung zulässig, so kann das dingliche Vorkaufsrecht auch gepfändet und durch den Konkursverwalter ausgeübt werden (§§ 851 C. PO., 1 Ko.) [2])

Früher vereinbarte Vorkaufsrechte bleiben nach art. 184 E. G. auch für die Zeit nach 1900 mit ihrem bisherigen Inhalt massgebend; [3]) wo sie als Verfügungs-

1) Dazu 1. Katz S. 45; Jaeger S. 108.
2) Über die Ausgestaltung dieser seltenen Fälle s. Kretzschmar S. 414.
3) Ein Beispiel RG. 58 S. 157.

beschränkungen konstruiert waren, werden sie durch art. 168 erhalten. Den Inhalt bestimmt allein die Landesgesetzgebung. (art. 3, 218). Gibt sie keine Auskunft, so ist das Landesgewohnheitsrecht zu Rate zu ziehen. Das Deutsche B. G. B. kann entgegen M II S. 345 nur bei ausdrücklicher Verweisung, nicht schon bei Schweigen des Landesrechtes Anwendung finden (art. 4 E. G.)

§ 5

Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechtes:

Allgemeines.

Nach § 1098 Ab. 1 ist der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechtes durch die §§ 504 ff bestimmt. Damit werden diese Vorschriften Teil des sachenrechtlichen Systems und sind einer Abänderung nur insoweit ausgesetzt, als dies für solche Verhältnisse zulässig ist, d. h. eine Erweiterung ist ausgeschlossen. Da aber andererseits das dingliche Vorkaufsrecht nicht ein innerlich so geschlossener Begriff wie Eigentum und Hypothek ist, sind Ermässigungen in einzelnen Punkten, z. B. bezüglich der Bestimmungen in §§ 507, 508, 509, 511 möglich, aber nur, soweit dadurch nicht der vorkaufsmässige Charakter verloren geht. [1]) Aus diesem Grunde ist ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer von vornherein festgesetzten Kaufsumme unzulässig, [2]) nicht bloss dann wenn sie geringer als der erzielte Kaufpreis ist, der Eigentümer also für eine höhere Leistung haftet als noch Vorkaufsrecht, sondern auch, wenn der Schilling grösser sein soll, der Eigentümer also besser stehen würde. Denn die Bestimmung der Leistung nach dem Inhalt des Zwischenkaufes ist für das dingliche Vorkaufsrecht ein unverän-

1) M. III S. 453; P. S. 4823 No. 3.
2) O. L. G. 4 S. 69 [Dresden]; 10 S. 119 [Kammergericht.]

derliches Begriffsmerkmal, wie ausser dem § 1098 Abs. 1 vor allem §§ 1100 ff erkennen lassen. Gerade aus diesen Vorschriften erhellt weiter noch, dass der mit dem Dritten vereinbarte Preis nicht etwa bloss als Massstab für eine verhältnismässige Berechnung des Vorkaufsgeldes anzusehen ist, sondern genau in der einmal angenommenen Höhe Inhalt des Vorkaufs wird. [1])

Die Ausübung ist nach § 504 gegeben bei Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück, also nur bei rechtsgeschäftlich vereinbarter Einzelnachfolge. Handelt es sich um Erwerb von Gesetzes wegen, durch Verwaltungsakte oder Universalsuccession, so fällt es aus

Es is somit unwirksam gegenüber der Enteignung, über die hier nur so viel gesagt werden soll, dass sie einen rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht darstellt, weil dem Eigentümer das Grundstück gerade gegen seinen Willen durch Staatsgewalt, wenn auch in einem gesetzlich geregelten Verfahren entzogen wird. [2]) Die Ausübung wäre auch zwecklos, da natürlich ebenso dem Vorkäufer das Grundstück genommen werden kann. Das einmalige Vorkaufsrecht erlischt in diesem Falle, da es nur auf den Verkauf durch den nunmehr entsetzten Eigentümer abzielte. Das wiederholentliche bleibt bestehen, wenn es nicht selbst im Wege der Enteignung aufgehoben wird; praktische Wirksamkeit wird es aber ausser nach § 90 Abs. 2 G. B. O. kaum mehr äussern. Ein etwaiger Rückerwerb des Enteigneten bei Nichtausführung des betr. Unternehmens bietet keinen Vorkaufsfall, muss aber auch zur Wiederherstellung des Vorkaufsrechtes führen, da es sich hierbei nur um Beseitigung der Folgen

---

1) Es trifft jedenfalls für das dingliche Vorkaufsrecht nicht zu, wenn Katz S. 38 vereinbaren lässt, daß die Leistung um einen bestimmten Betrag größer oder kleiner sein soll. Zum mindesten sprechen auch gegen den zweiten Fall die wirtschaftlichen Bedenken der Motive.

2) RG. 61 S 102; art. 109 EG.

des zwecklosen Enteignungsverfahrens handelt. [1] Theoretisch liegt ein Vorkaufsfall in Veräusserung des enteigneten Grundstückes nach Abschluss des Verfahrens. Dann hat der ehemalige Eigentümer öfters ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht. [2] Da es später entstanden ist als das noch giltige Vorkaufsrecht für mehrere Fälle, so geht es diesem mangels besonderer Bestimmung im Range nach zufolge dem allgemeinen sachenrechtlichen Grundsatze; § 879 B. G. B. ist nicht anwendbar; es könnte mithin nur in Betracht kommen bei Nichtausübung des ersten Rechtes. Trotzdem wird man ihm die Vorhand lassen in der Erwägung, dass es ja nur dazu dienen soll, den Stand der Dinge vor der Enteignung zu erneuern.

Das Erfordernis der kaufvertragsmässigen Veräusserung schliesst den Vorkauf auch bei Gesamtnachfolge aus, also vor allem bei Erbgang. [3] Ebenso ist es bei Auflösung einer juristischen Person nach §§ 45, 46 B. G. B., im Falle des § 1438 B. G. B. und Fusion von Aktiengesellschaften gemäss § 305 H. G. B. Wohl zu scheiden von diesen Fällen, wo das Vermögen als Ganzes übergeht, ist die Erfüllung eines Vertrages nach § 311 B. G. B., die nach § 508 zu beurteilen ist. Bei Universalsuccession geht auch das einmalige Vorkaufsrecht nicht unter. Denn es findet nicht ein Wechsel der Eigentümer i. S. d. § 1094 statt, sondern eine Fortsetzung seiner gesamten Rechtsbeziehungen, auch der vorkaufsmässigen Bindung.

Da die causa der Veräusserung ein Kaufvertrag sein muss, erstreckt sich das Vorkaufsrecht nicht auf Vermietung, Pachtvertrag, Einbringen in eine

1) So nach dem Sächs. Ges. v. 12. VI. 1902 §§ 83 ff.

2) So in Sachsen §§ 88, 13, No. 41. c., wenn das enteignete Grundstück ein Teil des bisherigen Grundbesitzes ist.

3) P. S. 4808.

Gemeinschaft.[1]) Auch Tausch ist keine geeignete Grundlage für die Ausübung des Vorkaufsrechtes. Theoretisch würde der Mangel des Eigentums am Tauschobjekt noch nicht hinderlich sein, da ja eine Unmöglichkeit i. S. d. § 306 darin noch nicht enthalten ist. Praktisch wird aber doch der Vorkaufsberechtigte auf den guten Willen des Dritten angewiesen sein, um den Tausch vornehmen zu können. Deshalb ist es schon an sich ziemlich belanglos, wenn Katz S. 47 entgegen den M II S. 345 und PS. 8574 f mit Hilfe des § 515 B. G. B. die Ausübung ermöglichen will. Es ist aber auch unrichtig. § 515 sagt keineswegs, dass der Tausch wirklich ein Kauf ist, er sagt nur, dass die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien nach den Vorschriften über den Kauf entsprechend geregelt werden mögen; darüber aber, was den Inhalt des Vorkaufsrechtes ausmacht, soll und kann § 515 nichts bestimmen. Die Gefahr einer leichten Umgehung des Vorkaufsrechtes ist nicht zu bestreiten, aber auch schon in PS. 7574 nicht für ausschlaggebend angesehen worden. Der Vorkaufsberechtigte muss sich mit dem geringen Schutz der §§ 117, 226, 826 begnügen. Eine Anfechtung nach § 3 des Anfechtungsgesetzes ist ausgeschlossen, da sie — einen Erfolg vorausgesetzt — nur dem Untergang des Vorkaufsrechtes vorbeugen, nicht aber den Vorkaufsfall herbeiführen, also gar nicht „zum Zweck der Befriedigung“ für einen Übereignungsanspruch dienen kann, der vielleicht einmal später bei Verkauf entsteht.

Ebensowenig ergibt sich ein Vorkaufsfall, wenn der Erbe in Erfüllung testamentarischer Auf-

1) Das dingliche Wiederkaufsrecht bei Rentengütern bezieht sich auch auf die Fälle, wo sich der Eigentümer „durch sonstigen Vertrag zur Übertragung des Eigentums verpflichtet“ s. Turnau-Förster, Anhang zu § 1104.

lage einem Vermächtnisnehmer ein Grundstück zu bestimmtem Preise überlässt, weil hier die gegenseitigen Pflichten nicht auf freier Vereinbarung beruhen, sondern auf dem Willen des Erblassers.

Weiter ist mit dem R. G. [1]) einer Vereinbarung, durch die ein Mitglied einer sich auflösenden Gemeinschaft das bisherige Gesamtgrundstück übernimmt trotz der äusseren Form doch das innere Wesen eines Kaufs und damit eines Vorkaufsfalles abzusprechen. Denn der für den Inhalt massgebende Zweck ist nicht Verkauf für eine bestimmte Summe baares Geld, sondern die Auseinandersetzung, Annahme des einen Gemeinschaftsgegenstandes gegen Verzicht auf andere Anteilsrechte.

Da mit allen diesen Veräusserungen Einzelnachfolge im Eigentum des belasteten Grundstückes stattfindet, das einmalige Vorkaufsrecht aber nur den Verkauf durch den Besteller trifft, geht es dadurch zu Grunde; auch ein späterer Wiedererwerb des ersten Eigentümers würde daran nichts mehr ändern. [2])

Ein Verkauf ist auch darin zu erblicken, dass ein Gläubiger die Veräusserung im Wege der Zwangsvollstreckung betreibt, obwohl der Erwerb des Beschlagsrechtes, das erst dazu ermächtigt, nicht als rechtsgeschäftliche Verfügung gilt (arg. § 135 Abs. 1 Satz 2). § 512 bestimmt aber für diesen Fall ausdrücklich die Unwirksamkeit des Vorkaufsrechtes. Während also früher bei gleich hohem Gebote der Vorzug erteilt werden musste, selbst bei nachträglicher Abgabe, so kann der Vorkaufsberechtigte seinen Zweck jetzt durch Ueberschreitung des letzten Gebotes erreichen. Mit dem Zu-

---

1) J. W. 1895 S. 528 No. 38.

2) Dies kam noch klarer zum Ausdruck in der Formulierung des § 952 Z. 1 E I, an dem in dieser Beziehung inhaltlich nichts geändert worden ist.

schlag erlischt das einmalige Vorkaufsrecht, gleichviel ob es dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder nicht, im ersten Falle, weil es seinem Inhalt zufolge nur für den ersten Eigentumswechsel in Betracht kommt, im zweiten Falle überdies als nicht in das geringste Gebot fallendes Recht (§ 91 Z. G.) Der praktische Unterschied zeigt sich darin, dass in dem einen Falle die Löschung auf pflichtmässiges Ersuchen des Vollstreckungsrichters (§§ 130 Z. G., 39 G. B. O.), im andern nur auf Antrag (§ 13 G. B. O.) vorgenommen wird, allerdings mit der Erleichterung des § 22 Abs. 1 Satz 1 G. B. O. Wichtiger ist der Rang beim mehrmaligen Vorkaufsrecht, vorausgesetzt, dass die Versteigerung nicht gerade den letzten Ausübungsfall darstellen würde. Innerhalb des geringsten Gebotes bleibt es für die übrigen Fälle bestehen, sonst geht es ebenso wie das einmalige unter. Der Berechtigte hat nur einen Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Überschuss des Versteigerungserlöses § 92 Z. G. Je nach dem Range des Rechtes, „an dessen Stelle" der Anspruch tritt, kommt er damit vor oder nach den anderen Realgläubigern zum Zuge. Für die Berechnung des Wertes ist man lediglich auf das freie Ermessen angewiesen.[1]) Es geht nicht an, die bei Beginn des Verfahrens herbeigezogene Schätzung zu Grunde zu legen und nun den Unterschied, um den das Höchstgebot dahinter zurückbleibt anzusetzen. Das wäre nur der Wert, den die Ausübung gegenüber dem Zuschlag hätte. Die ist aber dem Inhalt des Vorkaufsrechtes zufolge unmöglich, nicht etwa wegen des Herausfallens aus dem geringsten Gebot. Diese unumgängliche Voraussetzung des § 92 Z. G. trifft nur für das mehr-

1) Dabei ist aber nicht der Wert des Rechtes mit den Vorteilen seiner Verwertung in bestimmten Verhältnissen, d. h. dem Interesse zu verwechseln [§ 6 C Po; § 122 B. G. B.]

malige Vorkaufsrecht zu, soweit es sich auf die späteren Veräusserungsfälle bezieht.

Die Versteigerung eines gemeinschaftlichen Grundstückes zwecks Auseinandersetzung ist jedoch kein Akt zwangsmässiger Durchführung eines Gläubigerwillens, sondern nur Ersatz der auf andere Weise nicht erzielten freien Übereinkunft (arg. §§ 72 ff F. G. gegen § 175 Z. G.) Die Ausübung ist also auf Grund des § 512 nicht ausgeschlossen, aber weiter auch dann nicht, wenn ein bisheriges Mitglied der Gemeinschaft das Höchstgebot abgibt. Denn hier tritt er tatsächlich als Käufer im Wettbewerb mit jedem beliebigen Bieter auf. Nur im Fall des § 753 Abs. 1 Satz 2 ist das Vorkaufsrecht ausgeschlossen.

Eine Zwangsverwirklichung der Haftung für verschiedene Gläubigerrechte ist der Konkurs. § 512 behandelt ihn ebenso wie die Einzelvollstreckung in das Grundstück. Insbesondere müssen neben dem Antrag auf Zwangsversteigerung auch die sonstigen Massnahmen des Konkursverwalters zur Verwertung eines Massegrundstückes hierher gerechnet werden. Aus Zweckmässigkeitsgründen lässt aber § 1098 Abs. 1 bei freihändigem Verkauf durch den Konkursverwalter die Ausübung für das dingliche Vorkaufsrecht zu. Der daraus entstehende Auflassungsanspruch geniesst den Vorzug einer Masseforderung nach § 59 Z 1 Ko. Nicht haben wir es mit einer blossen Konkursforderung aus einem Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners zu tun, die gegen die Wirkung des § 69 Ko. nur durch den § 24 gedeckt wäre. (Ebenso Jaeger Komm. S. 265).

In den vorerwähnten Fällen handelt es sich um Veräusserungen, die durch Gläubiger erzwungen werden. Aber auch freiwillige Verkäufe des Eigentümers ermöglichen nicht durchweg die Ausübung. § 511 B. G. B. trifft

eine Ausnahmebestimmung für den Fall, dass als Käufer ein gesetzlicher Erbe auftritt. Die theoretische Rechtfertigung, dass in dem sog. Kindskauf nur eine vorausgenommene gesetzliche Erbfolge enthalten sei [1]), kann nicht überzeugen, da sie doch nur einschlagen würde, wo bloss der Käufer als gesetzlicher Erbe in Betracht käme. Praktisch wichtig ist aber, dass dem Käufer wegen seines Verwandtschaftsverhältnisses Vorteile zugebilligt werden, die einem anderen nicht zukommen. Zweifel lässt der Wortlaut des Gesetzes darüber, ob erforderlich ist, dass bei Tod des Eigentümers im Augenblicke des Vertragsschlusses dem Käufer die Erbschaft wirklich anfallen müsste, oder ob mit der Bezeichnung als „gesetzlicher Erbe" nur die Zugehörigkeit zu den in §§ 1922 ff aufgeführten Personengruppen gefordert wird. Die unzutreffende Theorie von der successio antecipata legt den ersten Gedanken nahe, die praktische Begründung spricht aber für die weitergehende Ansicht. Dies deutet auch § 511 an, wenn er von einem „künftigen" Erbrecht spricht. Es gehört also auch der Verkauf an ein Enkelkind hierher, wenn seine Eltern noch leben und es zwar nicht von dem gesetzlichen Erbrecht, aber vom Anfall der Erbschaft ausschliessen würden. Dagegen ist die Ausübung zulässig bei Verkauf an eine Person, die vielleicht einmal in die Reihe der gesetzlichen Erben einrückt, vorläufig aber noch nicht dazu gehört, d. h. bei Verkauf an einen Verlobten. Auch praktisch würde eine andere Behandlung wegen der Unsicherheit der Verhältnisse nicht wünschenswert sein. Wir haben es hier nur mit Freundschaftskauf zu tun. Im übrigen bewirkt auch bei den Verkäufen an gesetzliche Erben das Erfordernis der Rücksicht auf das künf-

1) P. S. 1801 Antrag 4 mit S. 1807 u. S. 8574.

tige Erbrecht, dass je weiter die Möglichkeit des Anfalles liegt, desto ferner auch der Gedanke rückt, dass der Verkauf mit diesem Beweggrunde erfolge.

Streitig ist, ob in einem solchen Falle das einmalige dingliche Vorkaufsrecht untergeht [1]) oder bestehen bleibt. [2]) Theoretisch wird sich gegen die erste Meinung kaum etwas anderes sagen lassen, als dass der Gesetzgeber in dem Kindeskauf einen Ersatz des voraussichtlichen Erbgangs erblicken will und dann auch der Käufer ebenso wie der Erbe das Vorkaufsrecht für den Fall einer späteren Veräusserung seinerseits gelten lassen muss. Das erscheint um so billiger, als sonst einer Umgehung des Vorkaufsrechtes Tor und Tür geöffnet wäre. Man brauchte ja nur an einen gesetzlichen Erben als Zwischenmann zu verkaufen, um einem dritten Käufer den Erwerb zu sichern. Dem Vorkaufsberechtigten wird kaum der Beweis gelingen, dass der Verkauf nicht mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt ist, er also ausüben kann.

Ferner muss sich der betreffende Kaufvertrag auf dasselbe Grundstück beziehen. Dass dieses alleiniger Gegenstand sein müsste, ist nicht notwendig (§ 1098 Abs. 1 mit § 508). Es kann auch sein, dass nur ein realer Teil, durch Zergliederung und Abschreibung, oder ein Bruchteil, in Form der Aufnahme eines Miteigentümers, verkauft wird. Beide Fälle stehen inhaltlich, nur nicht im Umfange dem gewöhnlichen Vorkaufsfalle gleich. Die Ausübung ist also insoweit gegeben. [3]) Andernfalls käme man zu dem Ergebnis, dass das Grundstück, erst geteilt und dann stückweise verkauft, dem Vorkaufsrecht nicht unterliegt, das bei Veräusserung im Ganzen ohne

1) Oberneck I S. 715, Immerwahr S. 297, Planck z. § 1098.

2) Staudinger III S. 354, Fuchs S. 350.

3) Sie kann also insoweit auch nach den gesetzl. Voraussetzungen ausgeschlossen werden. Ein Unschädlichkeitszeugnis nach art. 120 E. G. ist mithin unzulässig.

Einschränkung wirksam ist. [1]) Auch bei Bruchteilsverkauf ist es nicht anders. § 1095 hat nur die Besonderheit, dass auch ein solcher Bruchteil allein Gegenstand der Belastung sein kann. Eine Verquickung dieser verschiedenen Fälle liegt darin, dass man das ganze Grundstück für den Fall der Veräusserung eines bestimmten Teiles belasten will. [2]) Das kann den Zweck haben, die Ersatzansprüche für einen eventuellen Wegfall des Rechtes durch Zwangsversteigerung (§ 92 Z. G.) auf breitere Basis zu stellen, ist aber jedenfalls nach Analogie des § 508 nur dann zulässig, wenn die Ausübung auf den betreffenden Teil beschränkt wird. [3]) Niemals kann es den Sinn haben, dass das ganze Grundstück gekauft werden könnte, wenn der Teil veräussert wird. Denn damit würde das wesentliche Erfordernis der inhaltlichen Gleichheit der Ansprüche des Käufers und des Vorkäufers verletzt. Den Kaufpreis für das ganze Grundstück nach dem Teilgebot des Käufers zu bemessen würde viel zu unsicher sein. [4]) Ein dem § 508 ähnlicher Fall liegt nicht vor, weil der Rest überhaupt nicht in den Kauf einbezogen ist, während dort auch der Gegenstand des Vorkaufsrechtes wenigstens mit verkauft worden ist.

Schliesslich muss der Kauf mit dem Dritten abgeschlossen sein. Da es sich um ein Grundstück handelt, muss die Form des § 313 gewahrt sein. Sonst ist die Ausübung erst möglich nach der Uebereignung an den Käufer, die aber selbst wieder dem § 1098 Abs. 2 ausgesetzt ist.

1) In entgegengesetzter Richtung zu weitgehend Sächs. B. G. B. § 1120; auch s. M III S. 346.

2) O L G 4 S. 76 Dresden.

3) Predari S. 444.

4) P. S. 8584.

Ein Kaufvertrag ist auch dann abgeschlossen, wenn seine Wirksamkeit von einer Bedingung abhängt. Hier ist bei Formlosigkeit des obligatorischen Vertrags eine Heilung durch Auflassung und Eintragung nur möglich nach Eintritt der aufschiebenden, bez. endgiltigem Wegfall der auflösenden Bedingung, da § 925 Abs. 2 eine bedingte Uebereignung von Grundstücken verbietet. [1]) Für den Fall, dass die Wirksamkeit des Vorvertrags nur bei Unterbleiben der Ausübung eintreten soll, ist die Bedingung nach § 506 für den Vorkaufsberechtigten unmassgeblich, während der Vorkaufspflichtige sich dadurch gegen Schadensersatzansprüche des Käufers deckt.

Auch ein Kauf mit Vorbehalt des Rücktritts gibt das Recht zur Ausübung. Nur wenn dem Vorkaufspflichtigen der Rücktritt gerade für den Fall der Ausübung zusteht, bestimmt § 506 wiederum die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung für den Vorkaufsberechtigten. Dagegen kann diesem gleichgiltig sein, ob der Verkäufer den Rücktritt gegenüber dem Käufer erklärt oder ob dieser rücktrittsberechtigt ist. Denn die Rücktrittserklärung § 346 B. G. B. beseitigt nicht den Vertrag, sondern verpflichtet nur zur Rückgabe der empfangenen Leistungen, und die weitere Entwickelung des Verhältnisses zwischen jenen beiden hat auf seine Beziehungen zum Verkäufer keinen Einfluss mehr. [2]) Ist der Vorbehalt auch für den Vorkauf wirksam, so kann der Rücktritt auch noch nach der Ausübung erfolgen. Erklärt ihn der Verkäufer, so ist darin

1) Wer in der Bestellung des Vorkaufsrechtes den Abschluß eines bedingten Kaufvertrags sieht, müsste darin für ein früher begründetes Vorkaufsrecht den Ausübungsfall erblicken, was aber eben diese Theorie ad absurdum führt.

2) Wenn der Käufer mit Rücksicht darauf, daß der Vorkaufspflichtige den Anspruch des Berechtigten erfüllt, nach § 320 ff zurücktritt, so ist das ebenfalls für den Berechtigten irrelevant.

ein Verzicht auf nochmalige Ausübung wegen dieses Kaufes enthalten. Bei Rücktritt des Belasteten wird man aber unter Rückgabe der empfangenen Leistungen auch die Wiederherstellung seiner vorkaufsmässigen Bindung fordern müssen, da ja sonst durch Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes, das gegen den Verkäufer, nicht aber gegen den Käufer ausgeübt wird, das Vorkaufsrecht umgangen werden könnte.

Ist der Kauf anfechtbar i. S. d. § 119, so ist er zunächst geschlossen, die Ausübung ist möglich. Wird er noch vorher wieder angefochten, so ist kein Vorkaufsfall mehr da. Späterhin wird die Lage etwas verwickelter. Ist anfechtungsberechtigt der Verkäufer und liegt nicht etwa in seiner Mitteilung an den Vorkäufer eine Bestätigung, die ja nicht gerade dem Anfechtungsgegner erklärt zu werden braucht, so muss er nach wie vor dem Käufer gegenüber anfechten, da er nur mit diesem verhandelt hat. Auch im Falle des § 123 würde der Vorkäufer nicht Anfechtungsgegner sein, da er nicht unmittelbar aus der Erklärung des Verkäufers, nicht aus dem Inhalt des Kaufes, sondern nur aus seinem Vorhandensein die durch das Vorkaufsrecht begründete Befugnis zur Ausübung nimmt. Ist anfechtungsberechtigt der Käufer, so hat er nunmehr kein grosses Interesse daran, aber da es nur auf seine verständige Würdigung der Umstände zur Zeit des Kaufschlusses ankommt, so kann er auf diese Weise den Vorkaufsfall und damit auch den Auflassungsanspruch des Vorkäufers beseitigen.[1]) § 226 B. G. B. steht ihm nicht entgegen, da er durch die §§ 1100 ff mit in das Vorkaufsverhältnis einbezogen wird und dadurch Unannehmlichkeiten aus-

1) Katz S. 61 will trotzdem den Vorkauf weiter gelten lassen, weil er keinen Eintritt in den Zwischenkauf bedeutet, er übersieht aber, dass die Anfechtung absolute Nichtigkeit herbeiführt, somit auch den Vorkaufsfall beseitigt und dadurch die Ausübung gegenstands- und wirkungslos macht.

gesetzt sein kann. Der Vorkäufer selbst kann wegen eines Irrtums des Käufers nicht anfechten: für ihn ist allein massgebend die Ausübungserklärung, durch die er sich zu dem Kauf bekennt. Hat er sich dabei in einer den §§ 119 ff entsprechenden Weise geirrt, so kann er sie anfechten. Damit werden natürlich nur die Wirkungen des § 505 Abs. 2 aufgehoben, nicht dagegen der Kauf des Dritten.

§ 6.

Die Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts gegenüber dem Besteller.

Dem Besteller gegenüber wirkt das dingliche Vorkaufsrecht die Gebundenheit i. S. d. §§ 504 ff, ausserdem die Verpflichtung zur unverzüglichen Mitteilung vom Abschluss des Kaufvertrags. Tut er dies absichtlich oder aus Unachtsamkeit nicht, so hat er dem Vorkaufsberechtigten nach § 276 den entstehenden Schaden zu ersetzen ohne Rücksicht darauf, ob ausserdem das Vorkaufsrecht noch ausgeübt wird oder nicht; es müsste denn die Schädigung gerade darin bestehen, dass der Vorkaufsberechtigte infolge der verabsäumten Benachrichtigung nunmehr wirtschaftlich zu der gewinnbringenden Ausübung nicht mehr in der Lage ist, z. B. über Geldmittel, die er für den Kauf hätte verwenden können, anderweit verfügt hat. Von der Ausübung ist der Ersatzanspruch auch in diesem Falle nur in seinen Umfange, nicht im Grunde abhängig. Denn er beruht auf Verletzung des Vorkaufsrechtes, nicht auf Verstoss gegen den mit der Ausübung entstehenden Anspruch. Beide Verhältnisse sind wohl zu unterscheiden. So kann auch aus dem Vorkaufsrecht als solchem nicht etwa mit Rücksicht auf die später mögliche Ausübung eine Schadenersatzpflicht des

Vorkaufspflichtigen für eine Veräusserung hergeleitet werden. Denn das Vorkaufsrecht enthält kein Veräusserungsverbot. [1])

§ 7.

Die Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts gegenüber Dritten.

Dritten gegenüber hat das dingliche Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung für den durch die Ausübung entstehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums (§ 1098 Abs. 2.) Eintretenden Falles ist somit gemäss § 883 Abs. 2 jede Verfügung über das Grundstück nach Eintragung des Vorkaufsrechtes insoweit unwirksam als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, aber auch nur insoweit. Auszuscheiden sind hier natürlich die Fälle, die das Vorkaufsrecht selbst vernichten und so die Entstehung jenes Anspruchs von vornherein vereiteln, also Auflassungen zufolge einer anderen causa als Kauf. Dass hingegen eine Übereignung zur Erfüllung des den Vorkaufsfall bildenden Vertrags die in § 883 Abs. 2 vorausgesetzte schädigende Wirkung hat, unterliegt keinem Zweifel.

Ueber die Frage, wie es bei blossen Belastungen zu halten ist, sind die Meinungen geteilt. Immerwahr S. 327 ff und mit ihm anscheinend Fuchs S. 353 erklären sie schlechtweg für ungiltig. Staudinger III S. 542 fordert Wirksamkeit aller Belastungen, die bis zur Ausübung auf das Grundstück gelegt sind, Kretzschmar S. 416 lässt von der Eintragung des Käufers, Planck (zu § 1098) von dem Abschluss des Kaufes an keine solchen Verfügungen mehr zu.

Immerwahr geht von der Voraussetzung aus, dass jeder Anspruch auf Grundstücksübereignung durch eine

1) Ebenso Wittmaack S. 470. Weiteres s. § 10.

inzwischen vorgenommene Belastung beeinträchtigt werde. Diese Behauptung trifft aber nicht zu. Denn eine Forderung ist in ihrem Inhalt nicht absolut bestimmt wie ein dingliches Recht; sie entnimmt ihren Charakter aus den begründenden Tatbeständen. Die Hypothekbestellung schmälert das Eigentum, ob sie aber auch einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums beeinträchtigt, das hängt von den jeweils verschiedenen Vereinbarungen ab. Wenn dagegen angeführt wird, dass ein dinglich wirkendes Rechtsgeschäft wie die Einräumung des Vorkaufsrechtes nach § 1094 vermöge seiner abstrakten Natur unabhängig von dem etwa zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäft bleibe, so ist das nicht zu bestreiten, widerspricht aber auch nicht der Tatsache, dass die Vormerkungswirkung dem Rechte selbst nur zur Sicherung des eventuellen Auflassungsanspruchs beigelegt ist. Vermöge dieser accessorischen Natur kann sie nicht weiter reichen als es der Inhalt der Forderung verlangt. Die massgebenden Grundlagen dafür werden aber hier erst durch die Vereinbarung geschaffen, die der Vorkaufspflichtige mit dem Käufer trifft. Werden hierbei die auf dem Grundstück ruhenden Lasten mit in Rechnung gestellt, so kann auch der Vorkaufsberechtigte nur den so gestalteten Kaufanspruch erheben und eine Vormerkungswirkung gegen sie nicht geltend machen. Dieses rein logische Ergebnis ist auch wirtschaftlich gerecht, da doch auch der baar zu bezahlende Kaufpreis entsprechend geringer angesetzt wird. Ist insbesondere Übernahme von Hypothekenforderungen vereinbart, so bedeutet das noch den Vorzug einer Stundung. Es ist also nicht einzusehen, warum die Zwischenbelastungen nichtig werden sollen. § 509 Abs. 2 B. G. B., der gemäss § 1098 Abs. 1 auch auf das dingliche Vorkaufsrecht unbeschränkte Anwen-

dung findet, erklärt deswegen die vereinbarte Hypothekenübernahme in bestimmten Fällen für den Vorkauf als massgebend grundsätzlich ohne Unterschied, ob die betreffenden Hypotheken vor oder nach der Begründung des Vorkaufsrechtes entstanden sind. Freilich können dadurch, dass schuldbefreiende Hypothekenübernahmen vereinbart werden und der betreffende Gläubiger gerade dem Vorkäufer die erforderliche Genehmigung versagt, besondere Schwierigkeiten entstehen. Diese haben aber dann nicht ihren Grund in der dinglichen Belastung des Grundstückes, sondern in dem Vorhandensein des geschützten Schuldverhältnisses und seiner Einbeziehung in den Kauf. Die persönliche Forderung ist jedoch dem Bereich der Vormerkung entrückt. Wenn andererseits zufolge der Verpfändung für die Hypothekenforderung die Zwangsversteigerung und damit der Wegfall des Vorkaufsrechtes erfolgen kann, so ist dies nicht Beeinträchtigung des bestehenden Auflassungsanspruchs, sondern Verhinderung seines Eintritts und dann ist es nicht eine Eigentümlichkeit der Befriedigung gerade aus solchen Lasten, sondern allgemein der Fall bei Zwangsversteigerung auch aus persönlichen Schuldtiteln. Kennt der Käufer die eingetragenen Lasten nicht oder bleiben die Vertragsschliessenden auf der Bestimmung des § 439 Abs. 2 bestehen, so ist ebenfalls für die Vormerkungswirkung kein Raum. Denn eine Beeinträchtigung des mit der Ausübung entstehenden Übereignungsanspruchs liegt hier deswegen nicht vor, weil dieser seinen Inhalt aus dem Kaufvertrag entlehnt und schon kraft desselben Beseitigung gefordert werden kann (§ 439). Die Aufhebung hat also hier nicht zufolge der Vormerkungswirkung, sondern in Erfüllung des freilich nur obligatorischen Anspruchs selbst zu geschehen.

Immerwahr will seine Behauptung von der Schädlichkeit jedweder nachfolgenden Belastung durch das Beispiel rechtfertigen, dass sich jemand das Vorkaufsrecht an einem Grundstück gesichert hat, um darauf später eine Fabrik zu bauen, und dass nunmehr eine Weidegerechtigkeit eingetragen wird, die diesen Zweck vereitelt. Dabei unterläuft ihm eine Verwechselung des Inhalts mit dem Beweggrund zum Erwerb des Vorkaufsrechtes. Selbst wenn man in der Bestellung den Abschluss eines bedingten Kaufvertrags erblickt, darf man nicht verkennen, dass dem weitergehenden Zweck ein bestimmter Einfluss auf den Inhalt nur nach § 459 zugestanden wird, wonach der Verkäufer für das Vorhandensein der nach dem Vertrage, also der beiderseitigen Erklärung, vorausgesetzten tatsächlichen Eigenschaften verantwortlich ist. Im übrigen bestimmt sich die Haftung für das Vorhandensein von beschränkenden Rechten lediglich nach der ausdrücklich darauf bezüglichen Vereinbarung, ev nach § 434 ff. Dafür ist jedoch nach § 505 Abs. 2 allein massgebend, was der Dritte mit dem Verkäufer ausgemacht hat.

Zutreffend ist aber der Standpunkt Immerwahrs für die Lasten, deren Vorhandensein bei der Bestimmung des Kaufpreises und damit des Übereignungsanspruchs keine ausgleichende Berücksichtigung mehr finden kann. Oberneck I S. 719 und Staudinger III S. 543 meinen, das sei der Fall nur bei den Rechten, die nach der Ausübung eingetragen werden. Diese bringt zwar den Anspruch, der geschützt werden soll, erst zur Entstehung, seine Grundlagen sind aber unabänderlich schon mit dem Abschluss des Zwischenkaufs gegeben. Die Ausübung ist ein freier Willensakt des Berechtigten nur insofern, als es sich handelt um Annahme oder Ablehnung der Kaufsverpflichtungen und -Rechte, nicht hat

sie irgendwelchen Einfluss auf deren Ausgestaltung. Sind diese also festgestellt, so beeinträchtigt eine weitere Belastung des Grundstückes den Auflassungsanspruch i. S. d. § 883.

Kretzschmar S. 416 will den entscheidenden Zeitpunkt in den Augenblick der Eintragung des Zwischenkäufers verlegen. Obwohl er gegen Immerwahr ebenfalls die Möglichkeit der Berücksichtigung im Zwischenkauf betont, also diesen grundsätzlich als massgebend anerkennen müsste, kommt er doch auf die obige Lösung, weil er meint, dass der Erwerber einer Last sich stets auf § 892 berufen könne, solange das Grundbuch den Eintritt des Vorkaufsfalles nicht erkennen lasse. Eine entsprechende Verlautbarung müsse im Grundbuch stehen und sei nur in der Eintragung des Zwischenkäufers zu erblicken. Zunächst kann der Eigentumseintragung dieser Charakter gar nicht zukommen, da vermöge der abstrakten Natur der dinglichen Rechtsgeschäfte nur die Auflassung eingetragen wird, nicht aber die causa, die gerade für die Beurteilung, ob der Vorkaufsfall gegeben ist, den alleinigen Anhalt bietet. Wenn es nur beim Abschluss des obligatorischen Vertrags verbleibt, weiss Kretzschmar keinen anderen Rat als Eintragung einer Vormerkung für den nunmehr entstandenen Auflassungsanspruch. Dass damit die Vorschrift des § 1098 Abs. 2 eigentlich inhaltslos wird, liegt auf der Hand. Dann aber kann doch von der Wirksamkeit eines gutgläubig erworbenen Rechtes nicht auf die Giltigkeit jeder Eintragung vor jenem Zeitpunkt ganz allgemein geschlossen werden, und schliesslich gehört die Tatsache, dass das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist oder werden kann, ebensowenig zum Inhalt des Grundbuchs i. S. d. § 892 wie der Eintritt der Fälligkeit eines vorgemerkten Anspruchs. In's Grundbuch gehört nur die

Vormerkung und zu deren Bestimmung eine Charakterisierung der schutzbedürftigen Forderung, die Angabe ihrer Bedingtheit, ihrer Befristung u. s. w.; ob die Bedingung wirklich eingetreten, die Frist abgelaufen ist, hat Bedeutung nur für die Möglichkeit der endgiltigen Eintragung. Der Dritte kann sich also deswegen, weil der Vorkaufspflichtige noch eingetragen ist, keineswegs auf den Standpunkt stellen, als ob für ihn der Vorkaufsfall, der ganz ausserhalb des Grundbuchverkehrs eintritt, überhaupt nicht vorhanden wäre. Andernfalls würde bei allen Ansprüchen, die bedingt sind, später fällig werden oder in Zukunft entstehen, vor dem Eintritt dieser Tatsachen der Schutz durch Vormerkung nach § 883 Abs. 1 Satz 2 ziemlich zwecklos sein. Andererseits geht Kretzschmar wieder zu weit, wenn er jede von dem Eigentümer bewilligte Eintragung für „selbstverständlich" wirkungslos erklärt. Wenn dessen Verfügungsmacht durch die Ausübung hinfällig wird, so folgert er, dass auch die auf seiner Bewilligung beruhenden Rechte untergehen müssen. Nun unterscheidet aber § 883 keineswegs zwischen Verfügungen des Bestellers der Vormerkung und denen eines später vormerkungswidrig Eingetragenen, d. h. auch die spätere Belastung ist selbständig der Bestimmung unterworfen, dass sie nur insoweit unwirksam sein soll, „als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde," und der Vormerkungsgläubiger kann diese spätere Eintragung beseitigen, ohne erst die Richtigkeit der früheren nachzuweisen. Eine Belastung z. B. Dienstbarkeitsbestellung, die der Zwischeneigentümer in Erfüllung der ihm obliegenden Vertragspflicht vornimmt, berührt zwar an sich das persönliche Verhältnis zwischen Verkäufer und Vorkäufer nicht, [1])

1) Ein Fall des § 267 liegt nicht vor, weil nicht zwecks Erfüllung einer fremden, sondern der eigenen Schuld geleistet wird.

aber die Löschung würde schon deswegen unpraktisch sein, weil nunmehr der Vorkäufer kraft seiner Vertragspflicht zur Neubestellung verschreiten müsste. Beim dinglichen Vorkaufsrecht ist aber nach dem Grundgedanken der §§ 1100 ff jene Rechtsbestellung theoretisch als eine die Pflichten des Vorkäufers unmittelbar herabmindernde Erfüllungshandlung aufzufassen. Der Ueber. eignungsanspruch, der von dieser Gegenleistung abhängt, wird also dadurch in keiner Weise geschädigt. Soweit es sich um Hypothekenbestellungen handelt, können hier zwei verschiedene Fälle vorkommen. Übernimmt der Käufer eine Schuld des bisherigen Eigentümers nach § 414 und lässt dafür den Vertragsbedingungen entsprechend Hypothek eintragen, oder verpfändet er das Grundstück für den gestundeten Restkaufpreis (§ 509!), so ist jedenfalls das dingliche Rechtsgeschäft eine Erfüllungshandlung im oben genannten Sinne. und es bedarf zur Vervollständigung der dem Vorkäufer obliegenden Leistungen nur noch einer Einigung mit dem Gläubiger, bez. mit dem Verkäufer nach § 1180 B. G. B. [1]) Kretzschmar geht davon aus, dass der § 957 Abs. 4 E I, wonach der Dritte das Grundstück von solchen Belastungen zu befreien hatte, deren Eintragung von ihm bewilligt oder infolge einer gegen ihn erwirkten Zwangsvollstreckung erfolgt war, sachlich in dem § 1098 Abs. 2 enthalten sei. Ob man aber damals die angeführten Sonderfälle vor Augen hatte, geht aus M III S. 459 nicht hervor. Da auch P S. 4808 über diese Frage schweigen, ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Vormerkungswirkung über den Zweck des § 883 hinaus nicht auf die genannten Verfügungen ausgedehnt werden sollte.

1) § 416 trifft nicht zu, da es sich nicht um Übernahme der Schuld des Zwischenkäufers handelt.

Hält man aber an dem Standpunkt fest, dass die Nichtigkeit der späteren Eintragung zwar nicht die Unwirksamkeit der vorhergehenden zur Voraussetzung hat, dass aber die Ungiltigkeit der ersten Rechtsbestellung auch die Nichtigkeit der nachfolgenden ausnahmslos bedingt, so kommt man doch zu unserem Ergebnis, wenn man eben die Eintragung des Käufers „insoweit" als es sich um die bezeichneten Rechtsbestellungen handelt, mangels der erforderlichen Schädlichkeit nicht für unwirksam ansieht und damit auch die darauf begründeten Belastungen hält.

Wir legen also mit Planck (zu § 1098) den grundsätzlich entscheidenden Zeitpunkt in den Augenblick des Kaufabschlusses mit dem Dritten halten aber weiter noch solche Eintragungen auf Grund der Bewilligung des Zwischeneigentümers für giltig, die eine für den Vorkäufer wirksame Erfüllung der im Kaufvertrag übernommenen Verbindlichkeiten bedeuten.

Der dingliche Schutz eines Rechtes oder Anspruchs äussert sich am deutlichsten im Konkurs. Wenn wir oben festgestellt haben, dass das dingliche Vorkaufsrecht gegenüber einem Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung nicht wirkt, so ist dies nicht ein Mangel an dinglicher Kraft, sondern eine Eigentümlichkeit seines Inhaltes, und es bezieht sich nur auf die Fälle, wo es sich darum handelt, ob gerade die Zwangsveräusserung den Vorkaufsfall abgeben kann.[1]) Hier ist aber die Frage, wie der aus einer rechtmässigen Ausübung entstandene Auflassungsanspruch im Konkurs, und zwar des Vorkaufspflichtigen, wirkt.

1) Seite 50 ff; ebendorthin gehörte die Behandlung der Ausübung bei freihändigem Verkauf durch den Konkursverwalter.

Ist der Kauf schon abgeschlossen, so berührt der Eintritt des Konkurses auf Seiten des Vorkaufspflichtigen die Möglichkeit der Ausübung in keiner Weise, da sie Ausfluss eines dinglichen Rechtes am Grundstück ist, das durch die Konkurseröffnung grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden kann. Nur muss die Erklärung nunmehr dem Konkursverwalter gegenüber abgegeben werden, da gemäss § 6 Ko das Recht zur Verwaltung des Vermögens des Vorkaufspflichtigen an ihn übergegangen ist. Für den dadurch entstehenden Anspruch geniesst der Berechtigte den Vorzug des § 24 Ko. [1]) Er braucht sich also nicht mit einer Dividende i. S. d. § 69 Ko abspeisen zu lassen, sondern kann Leistung in Natur verlangen. Hat er schon vor Konkurseröffnung ausgeübt und vollständig bezahlt, so ist er nicht in Gefahr, das Geld gegen den geringeren Ersatzanspruch nach § 26 Satz 1 Ko zu verlieren. Hat er überhaupt noch nicht oder nur zum Teil bezahlt, so schützt ihn die Ausnahmebestimmung des § 24 Ko auch dagegen, dass der Konkursverwalter nach § 17 Ko Erfüllung ablehnt und ihn wegen des entstehenden Schadens auf eine blosse Konkursforderung nach § 26 Satz 2 Ko verweist. [2]) Selbstverständlich kommt dieser Schutz nicht dem Zwischenkäufer zu. Ihm gegenüber kann der Konkursverwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch machen. Das bedeutet keine Aufhebung des Vertrags ex tunc, auch keinen Rücktritt, sondern nur eine Umänderung seines Inhalts von diesem Augenblicke an. [3]) Doch ist das eine Gestaltungsmöglichkeit, die dem Vertrag von vornherein anhaftet, nicht erst besonders vereinbart werden muss;

1) Über die Unrichtigkeit der von Sekler 1904 S. 285 aufgestellten Behauptung, daß die Konkursgläubiger gar nicht „Dritte" i. S. d. § 1098 Abs. 2 seien und somit die Vormerkungswirkung im Konkurs nicht eintreten könne, s. Strohal a. a. O.

2) Anders anscheinend Jaeger's Komm. S. 265 Bem. 4.

3) Jaeger's Komm. S. 206.

der Vorkaufsberechtigte hat sie also auch gegen sich gelten zu lassen, solange er noch nicht seinen selbständigen nach § 24 Ko geschützten Anspruch erworben, d. h. solange er noch nicht ausgeübt hat. Dann gilt aber auch der Vorkaufsfall noch nicht als eingetreten, und bei einem freihändigen Verkauf des Konkursverwalters ist die Ausübung auch des einmaligen Vorkaufsrechtes möglich. [1])

Seltener wird es vorkommen, dass der Gemeinschuldner das nicht freigegebene Grundstück nach Konkurseröffnung verkauft. In seiner Verpflichtungsfähigkeit ist er ja an sich nicht beschränkt; nur kann er dadurch nicht einen Vorkaufsfall mit der nach § 24 Ko geschützten Möglichkeit der Ausübung schaffen. Denn ebenso wie nach §§ 3 und 7 Ko der Zwischenkauf der Konkursmasse gegenüber von vornherein bedeutungslos ist, müsste es auch der Auflassungsanspruch aus dem Vorkauf sein, da dieser sich ja inhaltlich nach jenem richtet und von ihm in seiner Wirksamkeit abhängig ist. § 24 Ko würde ihm dagegen nicht aufhelfen, denn er schützt nur die äussere Wirksamkeit des Anspruchs; dessen Charakter aber ergibt sich aus den begründenden Tatbeständen. Man wird aber überhaupt die Möglichkeit der Ausübung in diesem Falle verneinen müssen. Der Kaufvertrag stellt zwar unter den Parteien nur rein persönliche Verhältnisse her, aber insoweit darin der Vorkaufsfall geschaffen und die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts ermöglicht wird, hat er einen ganz bedeutenden Einfluss auf die Rechtslage des Grundstücks, und die Gläubiger könnten sich zufolge § 10:8 Abs. 2 B. G. B. § 24 Ko dem nicht entziehen, d. h. insoweit ist der Kaufabschluss, wenn nicht Verfügung über das Grundstück, so doch zum min-

1) Ebenso Jaeger's Komm. S. 265 Bem. 4.

desten ein Akt seiner Verwaltung. Dazu ist der Gemeinschuldner aber nach § 6 Ko nicht in der Lage; der Vertrag muss mithin insoweit, d. h. als Vorkaufsfall wirkungslos sein. § 1094 trifft ja auch nur zu, wenn der Eigentümer, nicht, wenn irgend ein Beliebiger den Verkauf schliesst, zunächst weil nur jener vorkaufsmässig gebunden ist. Die Vorschrift hat aber weiter den Sinn, dass der Verkäufer im Augenblick des Vertragsschlusses Eigentümer in des Wortes voller Bedeutung sein muss, d. h. zur sofortigen Erfüllung der Auflassungspflicht befähigt. Es hätte für den Vorkaufsberechtigten nicht den geringsten Sinn und Zweck, jetzt womöglich durch die Benachrichtigung des Verkäufers vor die Frage gestellt zu sein, ob er ausüben soll oder nicht, ohne jeden Anhalt dafür, dass die Leistung auch erbracht werden kann.

Ist der Zwischenkäufer in Konkurs verfallen und an ihn schon übertragen worden, so ist mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes dieser Erwerb hinfällig; es ist Aussonderung nach § 43 Ko zulässig. Befugt dazu ist nicht nur der Eigentümer, sondern jeder, der auf Grund eines persönlichen oder dinglichen Rechtes ein Interesse an der Nichtzugehörigkeit zur Konkursmasse hat, somit auch der Vorkaufsberechtigte.

Eine ähnliche Rolle wie im Konkurs spielt das dingliche Vorkaufsrecht im Zwangsversteigerungsverfahren. Natürlich hat hier ebenfalls wieder der Zuschlag als Vorkaufsfall auszuscheiden, von einem vormerkungsmässigen Schutz des aus der Ausübung hervorgehenden Auflassungsanspruchs kann nur die Rede sein, wenn der Verkauf ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens eintritt, weil er bloss dann einen Vorkaufsfall bietet, der in der Zwangsversteiger-

ung berücksichtigt wird. [1]) Hier schlägt der § 48 Z. G. ein, wonach „Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte“ behandelt werden müssen. Der Ausdruck des Gesetzes ist durch die Zusammendrängung mit den Fällen der Unrichtigkeit des Grundbuchs und der bedingten Belastungen etwas ungenau geworden; gemeint ist aber, dass auch die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche auf Rechtsbestellung geschützt werden sollen; sie sind dann so zu „berücksichtigen“, als wenn schon die endgiltige Eintragung erfolgt wäre, geht das gesicherte Recht dem betreibenden Gläubiger im Range vor, so kommt es in das geringste Gebot (§§ 52, 54 Z G); folgt es nach, so fällt es weg und ist allenfalls nach § 91 aus dem Überschuss zu decken. Die Entscheidung hängt nach § 888 Abs. 3 B. G. B. lediglich davon ab, an welcher Stelle das Vorkaufsrecht eingetragen ist. Der Zeitpunkt der Ausübung ist unmassgeblich aus denselben Gründen wie im Konkurs. § 48 Z G versagt auch dann nicht, wenn die Ausübung nach dem Beginn des Verfahrens erfolgt. Nur der Vorkaufsfall muss früher liegen. Was für den Konkurs gilt, hat auch hier seine Richtigkeit. Denn die Verwaltung des Grundstücks wird dem Schuldner, selbst wenn die §§ 146 ff Z G nicht zutreffen, doch nur im Rahmen einer ordnungsmässigen Wirtschaft belassen (§ 24 Z G), und das dingliche Veräusserungsverbot des § 23 macht ihm die Erfüllung des Kaufvertrages ebenfalls unmöglich. Bemerkt sei noch, dass damit die Anordnung der Zwangsversteigerung keineswegs etwa das dingliche Vorkaufsrecht in seinem Wesen irgendwie beeinträchtigte. Denn dieses soll nicht das Verwaltungsrecht des Eigentümers auf alle Zeiten garantieren, sondern nur die

1) Diese Fälle übersieht Jaeckel S. 204 Bem. 5.

Ausübung, wenn der verwaltungsberechtigte Eigentümer verkauft. Von einem Verstoss gegen §§ 1098 Abs. 2 und 883 Abs. 2 Satz 2 kann noch viel weniger die Rede sein, da diese Bestimmungen nur die Wirksamkeit des entstandenen Auflassungsanspruchs, nicht aber dessen Entstehen selbst sichern sollen.

Nach Vorstehendem ist die wesentlichste Äusserung der Dinglichkeit des Vorkaufsrechts nach §§ 1094 ff die Vormerkungswirkung. Daher wird behauptet, dass ein begrenztes Vorkaufsrecht, dessen Verdinglichung im Rahmen der §§ 1094 ff unmöglich ist, doch auf dem Umweg der Eintragung einer Vormerkung für den künftigen Auflassungsanspruch vollen Ersatz finden kann. Diese Meinung vertreten namentlich Planck Bd. III Vorbem. 3 § 1094, Fuchs S. 348 I aa und Wittmaack a. a. O., während Staudinger Bd. III S. 538 Bem. 2 b a, Kretzschmar S. 406, Predari S. 444 und Turnau-Förster S. 473 die Zulässigkeit einer solchen Vormerkung bestreiten. Von vornherein sei betont, dass es sich hier nicht um die unbedingt zu verneinde Frage handelt, ob für den — überdies unmöglichen — Anspruch auf Bestellung eines dinglichen limitierten Vorkaufsrechts eine Vormerkung eingetragen werden kann, sondern darum, ob für den aus einem limitierten Vorkaufsrecht herzuleitenden Übereignungsanspruch eine solche Schutzmassregel getroffen werden kann. [1])

Kretzschmar S. 90 kommt zu seiner Ablehnung, weil er die Möglichkeit einer Vormerkung für den Anspruch aus jedem persönlichen Vorkaufsrecht überhaupt leugnet. Denn er vertritt zwar den u. E. richtigen Standpunkt, dass der Auflassungsanspruch vor der Ausübung noch

1) Dies verwechseln offenbar Staudinger und Kretzschmar, wenn sie sich auf O L G 10 S. 119 u. Sächs. O L G 26 S. 45 ff berufen, wo nur die Vormerkung auf Bestellung des limitierten Vorkaufsrechts abgelehnt wird.

gar nicht vorhanden ist, folgert aber daraus, dass er nun auch nicht unter die nach § 883 B. G. B. schutzfähigen Forderungen gehöre. „Künftige" Ansprüche i. S. dieser Bestimmung seien nur betagte, nicht aber erst später zu begründende.[1]) Der Wortlaut des Gesetzes spricht gewiss nicht für diese Einschränkung, eher dagegen. P. S. 3652 reden allerdings an der einzigen Stelle, wo sie auf diese Frage eingehen, nur von bedingten und betagten Auflassungsansprüchen, jedoch aus dem einfachen Grunde, weil hier gerade vom Ersatz für die bedingte Übereignung gehandelt wird. Bei Erörterung der Vormerkung selbst P. S. 3500 ff wird von keiner Beschränkung gesprochen, die ihre praktische Brauchbarkeit irgendwie beeinträchtigen könnte. Eben aus diesem Obersatze wird an der späteren Stelle P. S. 3515 der Schutz auch der bedingten Ansprüche gefolgert. Die Frage aber, ob er auf diese allein beschränkt sein soll, wird dort nicht angeschnitten, geschweige dann entschieden. Wir brauchen deswegen noch nicht mit Reichel Iher-Jahrb. S. 99 jeden nur einigermassen voraussehbaren Anspruch als genügend anzusehen, halten es aber mit Bendix Gruchot's Beitr. Bd. 49 S. 213 ff für richtig, dass auch Ansprüche schutzfähig sind, deren Begründung erst in Zukunft erfolgen wird, dafern nur eine Grundlage hierfür schon in der Gegenwart gegeben ist.[2]) Dass aber beim Vorkaufsrecht der Übereignungsanspruch infolge der Gebundenheit des Vorkaufspflichtigen eine nicht ungerechtfertigte Aussicht auf Entstehung hat, wird nicht bestritten werden können. Wenn Kretzschmar meint, eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers durch eine Vormerkung für einen derartigen Anspruch stehe ganz ausser Verhältnis zum Werte

1) Ebenso Biermann S. 131.

2) Ebenso Staudinger III S. 127 Bem. II B. zu § 883, ähnlich auch Fuchs S. 108 zu § 883 Bem. II 3a.

der noch gar nicht vorhandenen Forderung, so ist doch die Verfügungsbeschränkung nicht ein Ding an sich, sondern verliert mit dem gesicherten Anspruch selbst ebenfalls an Bedeutung. Auch das Vorhandensein des § 1098 Abs. 2 rechtfertigt noch nicht den Schluss, dass ohnedies ein vormerkungsmässiger Schutz unmöglich wäre; es wird nur dadurch die besondere Bewilligung einer solchen Eintragung überflüssig gemacht. Dass damit die einzige Form des dinglichen Schutzes für ein Vorkaufsrecht gegeben sein soll, wäre nur dann anzunehmen, wenn Eintragung einer Vormerkung und Verdinglichung nach § 1094 dasselbe Ergebnis zeitigten, eines also neben dem andern überflüssig sein würde und somit die allgemeine Bestimmung des § 883 der Sondervorschrift des § 1094 zu weichen hätte. Das ist nun freilich nicht der Fall. Davon dass nur das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere Fälle oder für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks bestellt werden, die Vormerkung aber dem persönlichen Rechte eine solche Wirkung nicht verschaffen kann, soll abgesehen werden, da dies ja noch keinen Unterschied beim einmaligen Vorkaufsrecht bedingt. Hier ist aber der Unterschied bei freihändigem Verkauf durch den Konkursverwalter massgeblich. Kretzschmar S. 90 irrt, wenn er in der Vormerkungsbestellung eine ungerechtfertigte Erstreckung über den § 512 erblickt. Die Vormerkung bewirkt ja doch keine Inhaltsänderung! Ein Schutz nach § 883 Abs. 2 Satz 2 würde nur bei einer giltigen Ausübung des Vorkaufsrechts gegeben sein; wann dieser aber erfolgen kann, bestimmt sich nach dem Inhalt des Rechtes, an dem die akzessorische Vormerkung für den entstehenden Anspruch gar nichts ändern kann. Weiter kommt bei einem abgeleiteten Erwerb des dinglichen Vorkaufsrechtes die Vorschrift des § 892 in Betracht auch hin-

sichtlich der vorkaufsmässigen Gebundenheit des Eigentümers; wer dagegen ein bloss obligatorisches Vorkaufsrecht erwirbt, kann sich trotz der Bestellung der Vormerkung doch nicht darauf berufen, dass wegen dieser Grundbucheintragung nun auch die Obligation für ihn bestehen müsste (arg. e contr, § 1138.)[1]. Überhaupt ergibt sich daraus, dass die Vormerkung dem aus der persönlichen Gebundenheit entstehenden Anspruch nur akzessorisch ist, im Fall des § 1094 diese aber zum Inhalt des eingetragenen dinglichen Rechtes wird, ein grosser Vorzug der zweiten Art des dinglichen Schutzes. Andererseits unterliegt auch wieder das persönliche Recht und der daraus sich ergebende Anspruch Abänderungen durch Parteiwillkür, die im Falle der §§ 1094 ff nicht möglich sind. Diese Unterschiede sind doch so erheblich, dass man trotz aller Ähnlichkeit beide Arten der Verdinglichung nicht für gleichwertig und neben einander unnötig erklären kann. Das Mittel der §§ 1094 ff hat den Vorzug einer nachdrücklicheren Kraft, das des § 883 zeichnet sich durch breitere Grundlage aus.

Trotzdem halten wir in dem besonderen Falle der vorherigen Bestimmung eines festen Kaufpreises die Vormerkung für unzulässig. M III S. 453 sprechen sich gegen die Verdinglichung des limitierten Vorkaufsrechts auf's entschiedenste aus; dass sie für die Sicherung nur die Kautionshypothek wegen eines eventuellen Schadensersatzanspruchs empfehlen, kann natürlich beim Fehlen der Vormerkung im E I nicht entscheidend sein, aber auch P S. 4800 ff nehmen eine wohlwollendere Haltung keinesfalls ein, und die Gründe für die ablehnende Hal-

1) Davon zu scheiden die zu bejahende Frage nach der Wirksamkeit des guten Glaubens an das Bestehen der Vormerkung selbst bei Vorhandensein des gesicherten Anspruchs.

tung der 1. Kommission, Beschneidung des Realkredits, Abhaltung von Meliorationen, Kulturschädlichkeit und Vorschub von Güterschlächtereien, treffen nicht bloss auf die gerade damals gewählte Form der Verdinglichung, sondern auf die Wirksamkeit gegen Dritte überhaupt zu. Durch Bestellung einer Vormerkung würde zwar das persönliche limitierte Vorkaufsrecht noch keineswegs auch die übrigen Vorzüge des dinglichen erhalten, aber mit ihm die beschränkende Wirkung auf die Verfügungsmacht des Eigentümers teilen, in der eben seine besondere Gefährlichkeit erblickt würde. Die sozialen Rücksichten, die Wittmaack in's Feld führt, sind auch schon von der ersten Kommission erwogen, aber zu leicht befunden worden. Wir halten es sonach für ausgeschlossen, dass die 2. Kommission durch die allgemeine Neuerung in § 883 den in § 1098 Abs. 1 aufgestellten und von ihr ausdrücklich gebilligten Grundsatz der Unzulässigkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes mit bestimmtem Kaufpreis hätte durchbrechen wollen. Zu welchen zweckwidrigen Folgen der andere Standpunkt führt, zeigt Wittmack S. 472, der dazu kommt, dass das limitierte Vorkaufsrecht als ein Gegenstand freier Parteivereinbarung auch von den Fesseln der §§ 512 ff gelösst, selbst für den Fall der Zwangsversteigerung ausgeübt und nach § 883 geschützt wird. Wenn die vor 1900 bestellten dinglichen Vorkaufsrechte mit festgesetztem Kaufpreis zufolge art. 184 E. G. bestehen bleiben, im Gebiet der Landesgesetzgebung sogar neu geschafft werden können, so widerspricht das unserer Ansicht nicht. Was als Überbleibsel vergangener Tage sich noch in die neue Zeit herübergerettet hat, ist nicht bestimmend für die Weiterentwickelung ebensowenig wie das Landesrecht für das Reich. Die Duldung einer Ausnahme in engen Grenzen erhebt sie nicht zur Regel.

Auch das Formalprinzip der Grundbuchordnung ist kein Gegenargument. Es enthebt den Richter nur der Prüfung der für die betreffende Verfügung erforderlichen materiellrechtlichen Einigung. Die Zulässigkeit der Eintragung selbst, d. h. bei der Vormerkung die Schutzfähigkeit des im Antrag bezeichneten Anspruchs muss er prüfen; mangelt es an diesem Erfordernis, so ist die Eintragung als unzulässig zu verweigern, ev. von amtswegen wieder zu löschen (§ 54 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.)

§ 8.
Erweiterungen.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist in zwei Richtungen erweiterungsfähig. Als wiederholentliches kann es für mehrere, ja auch für alle Fälle des Verkaufs bestellt, als subjektiv-dingliches mit dem Eigentum eines Grundstücks verknüpft werden.

Das Recht zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers ist Grundstücksbestandteil nach § 96 B. G. B., gemäss § 1103 Abs. 1 sogar wesentlicher Bestandteil. [1]) Tritt ein Wechsel im Eigentum des „herrschenden" Grundstückes ein, so ist der Erwerber nunmehr auch allein ausübungsberechtigt, auch wenn das belastete Grundstück schon vorher verkauft worden sein sollte. Denn die Befugnis dazu richtet sich nicht darnach, wer gerade im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles, sondern wer im Augenblick der Ausübung berechtigt ist. Hat der Vorgänger schon ausgeübt, so ist der damit „fällig gewordene" Übereignungsanspruch ein durch den „Gebrauch" des Vorkaufsrechtes und damit des Eigentums entstandener Vorteil i. S. d. § 100 B. G. B. und gebührt gemäss § 101 No. 2 Satz 1 im Verhältnis der beiden Eigentümer

1) P. S. 4823 mit M. III S. 590.

dem ersten. Der Zweite ist aber auch dem Vorkaufspflichtigen gegenüber nichtmehr zur Ausübung berechtigt. Denn wenn diese einmal zulässigerweise stattgefunden hat, so ist die Gebundenheit des Belasteten für diesen Vorkaufsfall erloschen, und das Vorkaufsrecht wirkt nur noch als Vormerkung für den entstandenen Übereignungsanspruch weiter. Andernfalls würde die Bestellung für den jeweiligen Eigentümer eine inhaltliche Erweiterung der Gebundenheit herbeiführen, während es nach M III S. 252 doch nur die dinglichen Eigenschaften des Vorkaufsrechts betrifft. Als wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks kann es auch nicht allein gepfändet werden, andererseits wird es von der Anordnung der Zwangsversteigerung gemäss §§ 20. 23 Z. G. mit ergriffen [1]); auch wenn es gleichzeitig für mehrere Fälle bestellt ist, wird es nicht durch § 21 Abs. 2 befreit. Denn trotz mehrfach wechselnder Gebundenheit gewährt es nur einen einmal zu erfüllenden Übereignungsanspruch. Ist aber das Vorkaufsrecht schon vorher ausgeübt, so wird der Anspruch nicht berührt, da zwar das Recht dem jeweiligen Eigentümer zusteht, die Forderung jedoch nurdem, der sie durch die Ausübung unfehlbar erworben hat. Diese hat also eine unmittelbare Wesensänderung zur Folge für das Vorkaufsrecht und dementsprechend für das Eigentum am herrschenden Grundstück, sie ist sonach eine Verfügung, die dem Veräusserungsverbot des § 23 Z. G. unterliegt. Meistens wird der dadurch geschützte Gläubiger keinen Nachteil davon haben; immerhin kann ihm wegen der besseren Veräusserlichkeit eines Grundstücks mit einem solchen Rechte ein Interesse an dessen Fortbestand nicht abgesprochen werden. Dann ist allerdings bei einer derartigen Ausübung nach der Be-

1) Ebenso Jaeckel S. 111 Anm. 5.

schlagnahme das Vorkaufsrecht für die Zwangsversteigerung, den Zuschlag und den Neuerwerber noch in Kraft. Dieser kann noch ausüben und für seinen Auflassungsanspruch an den Vorkaufspflichtigen, der etwa schon dem Nichtberechtigten übereignet hat, den § 1098 Abs. 2 geltend machen. Zufolge seiner Untrennbarkeit vom Grundstückseigentum kann das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht auch nicht in ein solches für eine bestimmte Person umgewandelt werden (§ 1103 Abs. 1). Natürlich ist Löschung des einen mit Neubegründung des andern möglich; der Rang des zweiten richtet sich aber nach dem Zeitpunkt seiner Eintragung; die inzwischen eingetragenen Rechte gehen ihm also vor. Findet Teilung in Ansehung des herrschenden Grundstückes statt, so ist zu unterscheiden. Bei Aufnahme von Miteigentümern entsteht hinsichtlich des Vorkaufsrechtes eine Gemeinschaft i. S. d. § 513 B. G. B. Wird die neugebildete Gemeinschaft eine solche zu gesamter Hand, so kommt man ohne weiteres zu dem Ergebnis des § 513 Satz 1. Gibt aber eines der Mitglieder seine erforderliche Einwilligung zur Ausübung nicht, so muss sie unterbleiben. § 513 Satz 2 ändert daran nichts. Die Zerlegung des Grundstücks in Natur kann einen Einfluss auf Bestand und Inhalt des damit verbundenen subjektiv-dinglichen Rechtes nicht haben.[1] Die Berechtigung verbleibt bei den einzelnen Teilen, deren Eigentümer eine Gemeinschaft i. S. d. § 513 bilden.[2] Eine Vorschrift nach Art des § 1025 Abs. 2 und des § 1109 Abs. 3 wäre angebracht. Die Nichtinteressierten müssten so entweder ihr Recht besonders löschen lassen, oder sie verzichten auf die Ausübung.

1) M. III S. 487 488 mit P. S. 3914.
2) M. III S. 590 zu § 1058 E I.

Das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht hat zwar nicht zur logischen Voraussetzung die Möglichkeit der Ausübung für mehrere Fälle, seinen praktischen Wert gewinnt es aber erst dadurch.[1] Diese bedeutet nicht etwa einen Übergang[2] der Bindung des ersten Verkäufers auf den Neuerwerber, sondern vielmehr eine selbständige in dessen Erwerb liegende Neubegründung für einen durch ihn erfolgenden Weiterverkauf. Das darf nicht verwechselt werden mit seiner vormerkungsmässigen Haftung i. S. d. § 1098 Abs. 2 für den Kauf, durch den er von seinem Rechtsvorgänger das belastete Grundstück erwirbt. Beide Fälle können begrifflich nicht zusammentreffen; denn bei Ausübung des Vorkaufsrechts geht der Käufer seines Eigentums verlustig; die Bindung kann also, ganz abgesehen von der Frage, ob das Vorkaufsrecht nicht überhaupt erlischt, auch nicht für ihn entstehen.

Nachträgliche Umwandlung des einmaligen in ein wiederholentliches Vorkaufsrecht ist nicht ausgeschlossen, bedarf aber als Erweiterung der Last des Einvernehmens der nachstehenden Grundstücksberechtigten (arg. e contr. § 1119).

§ 9.

Die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts.

Nach Eintritt des Vorkaufsfalles ist die Ausübung des Rechtes möglich.[3] Sie geschieht nach § 505 Abs. 1 durch eine entsprechende Erklärung, die dem Vorkaufspflichtigen gegenüber abzugeben ist, und bekundet den Willen zur Herstellung des Kaufsverhält-

1) M. III S. 452 zu § 952 No. 2 E I.

2) Immerwahr S. 306, 307.

3) O. L. G. 16 S. 412 [Frankfurt] lässt sie zwar auch schon bei Angebot von Dritter Seite zu, aber nur bei allseitigem Einverständnis.

nisses, ist also ein Rechtsgeschäft. Eine Zustimmung ist auf der anderen Seite nicht erforderlich. Wir haben es also mit einer einseitigen[1] Willenserklärung zu tun, die vermöge der Gebundenheit des Gegners zwischen den beiden Beteiligten Beziehungen herstellt, die sonst nur vertragsmässig vereinbart werden können.[2] Eine besondere Form ist zufolge § 505 Abs. 1 Satz 2 nicht erforderlich. An sich würde zu erwägen sein, ob nicht § 313 zutrifft. Wer schon in der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts die Übernahme der Veräusserungspflicht erblickt, kann natürlich die Beobachtung des § 313 nicht für die Ausübung verlangen.[3]

Die Möglichkeit der Ausübung ist unbefristet,[4] kann aber durch die dem Vorkaufspflichtigen obliegende Mitteilung[5] nach § 510 Abs. 2 Satz 1 auf 2 Monate beschränkt werden. Die Nachricht muss den Inhalt, nicht bloss die Tatsache des Kaufabschlusses angeben, mithin Umfang und Fälligkeit der gegenseitig übernommenen Pflichten. Fehlt es ihr daran, so ist sie ungeeignet, die Frist in Lauf zu setzen. Sonst aber beginnt er mit der einfachen Tatsache der Mitteilung; von einem besonders darauf gerichteten Willen des Vorkaufspflichtigen ist er nicht abhängig. Die Benachrichtigung hat also nicht die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts.[6] Nicht schon mit dem Zugang wie bei Willenserklärungen i. S. d. §§ 130 ff. sondern erst mit dem „Empfang", d. h. der Kenntnisnahme von ihrem

1) Wichtig wegen §§ 111 ff B. G. B.

2) Ebenso Katz S. 68 ff; Eck Bd. I S. 465, O. L. G. 10 [S. 263] Kammergericht.

3) So Immerwahr S. 332.

4) Beim mehrmaligen Vorkaufsrecht kann also auch noch nach Eintritt eines weiteren Vorkaufsfalles doch der erste etwa günstigere Kauf zum Gegenstand der Ausübung gemacht werden.

5) Einer Form bedarf sie nicht P. S. 1785 ff.

6) Windscheid Bd. I S. 266 ff.

Eintreffen, setzt die Ausschlussfrist ein. Sie beträgt zwei Monate, die nach §§ 187 Abs. 1 und 188 Abs. 2 berechnet werden, kann aber zufolge dem § 510 Abs. 2 Satz 2 auch im Rahmen des dinglichen Vorkaufsrechts verlängert werden. Wünschenswert ist eine solche Hinausziehung des Schwebezustandes nicht; da aber ohne die Mitteilung überhaupt keine zeitliche Schranke für die Ausübung besteht, ist kein Anlass zu einer Abweichung. Für den Dritten kann dies freilich unangenehm sein. Ebenso kann die Frist auch abgekürzt werden. Die Vereinbarung bezieht sich auf die Dauer, das Mass, also den Inhalt des Vorkaufsrechtes und hat nach §§ 873, bez. 876 B. G. B. zu erfolgen. Dabei kann gemäss § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Die Verbindlichkeit zur Benachrichtigung hat nur der Verkäufer, doch kann auch der Käufer mit gleichem Erfolg die Mitteilung machen.[1] § 1099 gibt diese Befugnis auch den etwaigen weiteren Rechtsnachfolgern im Eigentum.[2] Nach wie vor kann aber die Ausübung nur gegenüber dem Vorkaufspflichtigen erfolgen. Dies wird stillschweigend in § 1099 Abs. 2 vorausgesetzt, der für den Fall der Mitteilung durch den neuen Eigentümer den Verkäufer zur Erfolgsnachricht verpflichtet.

§ 10.

Wirkung der Ausübung auf das Verhältnis zwischen Vorkaufspflichtigem und Berechtigtem.

Durch die Ausübung[3] kommt der Kauf zwischen dem Vorkaufspflichtigem und dem Berechtigten grund-

1) Und zwar mit gleichem Erfolg gegen alle Beteiligten; die abweichende Bestimmung des § 956 E I ist durch die 2. Kommission absichtlich geändert worden, P. S. 4821; s. auch R G 36 S. 358.

2) Die causa des Erwerbs ist gleichgiltig, Inhabern beschränkter Rechte steht die Befugnis nicht zu.

3) Bei mehreren Berechtigten sind also auch nur die Ausübenden Käufer. M. II S. 172, 348.

sätzlich unter denselben Bedingungen wie mit dem Dritten zu Stande. Von vornherein sei betont, dass der Zwischenkauf für den Inhalt des Vorkaufs *nur das Vorbild* ist, keineswegs aber der Vorkäufer in diesen Vertrag etwa *eintritt*.[1] Beides sind zwei *rechtlich völlig getrennnte Verhältnisse*, die nur aus rein praktischen Gründen durch die §§ 1100 ff in bestimmter Weise verknüpft werden, sonst aber nach Entstehung, Fortdauer und Untergang durchaus selbständig sind.[2] Gerät also der Zwischenkäufer mit dem Vorkaufspflichtigen wegen des Vertrages in Prozess, so kann der Berechtigte nicht nach § 265 Abs. 2 C Po den Rechtsstreit aufnehmen, das Urteil erwächst auch nicht ihm gegenüber in Rechtskraft gemäss § 325 C Po: ebendeswegen hat er auch kein rechtliches Interesse an dem Sieg des einen oder des andern, das ihn zu einer Nebenintervention ermächtigen könnte. Die Kosten *des Zwischenkaufs* oder etwaige schon enstandene Schadensersatzverbindlichkeiten fallen nur dem aus dem Zwischenkauf Verpflichteten zur Last, für den Vorkauf kommen sie nicht in Frage. Nur der *Inhalt* des Zwischenkaufes, *nicht das daraus entwickelte Schuldverhältnis* selbst überträgt sich auf die Beziehungen des Vorkaufsberechtigten zum -Verpflichteten. Auch eine nachträgliche Abänderung selbst noch vor der Ausübung hat auf den Vorkauf keinen Einfluss mehr. Denn mit dem Kaufabschluss[3] hat der Berechtigte die unantastbare Möglichkeit erworben, so und nicht anders, weder günstiger noch schlechter zu erwerben.[4]

1) Missverständlich Kretzschmar S. 405, Endemann II S. 614, auch P S. 1799 Ende und M III S. 457 zu § 957.

2) Ebenso Katz S. 27; Eck Bd. I S. 467.

3) Ob dieser erfolgt ist oder § 155 B. G. B. zutrifft ist Tatfrage.

4) Ebenso Windscheid Bd. II S. 605; anders im römischen Recht, weil hier nicht Vertragsschluss, sondern das jederzeit veränderliche Angebot des Dritten den Vorkaufsfall gab: l 7 § 8 D de contrah. emt. 18,1.

Durch die Ausübung entsteht ein als Kauf zu beurteilendes Verhältnis. Der Vorkaufspflichtige hat also dem Berechtigten das Grundstück zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen (§ 433 B. G. B.); er ist aber auch erst von diesem Augenblick an dazu verbunden; hat er vorher an den Zwischenkäufer veräussert, so ist das keine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung, da diese ja durch das Vorkaufsrecht an sich nicht verboten ist, [1]) die nunmehr entstandene Übereignungspflicht jedoch nicht auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen werden kann, auch die mit dem Vorkaufsfall gegebene Möglichkeit der Verpflichtung nicht schon diese selbst zu bewirken vermag. [2]) Eine Sondervorschrift nach Art des § 498 Abs. 2 B. G. B. ist nicht getroffen. Die Veräusserung ist sonach nicht vertragswidrig. [3]) Nur ist der Vorkaufspflichtige von dem Augenblick der Ausübung an verbunden, den Dritten zur Übereignung zu veranlassen oder das Grundstück selbst zurückzuerwerben, um dem Vorkäufer das Eigentum zu verschaffen. Dabei ist er durch den § 1098 Abs. 2 insofern begünstigt, als er zwar nicht selbst nach § 888 B. G. B. gegen den Zwischenerwerber vorgehen kann, aber der Vorkaufsberechtigte dies tun muss, um nicht nach § 254 Abs. 2 mit als verantwortlich zu gelten. Im wesentlichen entspringt also aus einer derartigen Veräusserung für den Vorkaufspflichtigen nur die Verbindlichkeit zum Ersatz der Mehrkosten, die durch einen Widerstand des Dritten entstehen. [4])

---

1) Fuchs S. 346 hält z. B. die Veräusserung für „nicht berechtigt".

2) Kretzschmar S. 415 No. 6 nimmt freilich eine Pflicht zu vorherigem Angebot an, anscheinend aber nur beim persönlichen Vorkaufsrecht.

3) Wer eine Schadenersatzpflicht von vornherein annimmt, muss bei dem Fall der Nichtausübung einen Verzicht konstruieren, der Vertrag [§ 397], nicht einseitiges Rechtsgeschäft sein würde, Immerwahr S. 282.

4) Im Ergebnis ebenso, in der Begründung anders Immerwahr S. 285 f.

Auch bezüglich der Mängelhaftung ist für die Kenntnis des Vorkäufers nach § 460 B. G. B. nicht der Abschluss des Zwischenkaufs, sondern die Ausübung massgebender Zeitpunkt.

Andererseits ist der Vorkäufer gehalten, die Verbindlichkeiten so zu erfüllen, wie sie der Zwischenkäufer übernommen hat. Er muss also den Preis in gleicher Höhe entrichten. Ist dieser höher angesetzt worden, als er wirklich bezahlt werden sollte, um den Berechtigten hinaufzutreiben, so liegt der Fall des § 117 Abs. 1 vor. Obwohl der Vorkäufer sich durch die Ausübung auch zu den ungünstigeren Bedingungen verstanden hat, kann er sich doch auf die niedrigere Abmachung der anderen berufen. Denn nach § 505 Abs. 2 ist diese allein für den Inhalt seiner Verpflichtung entscheidend, während seinem eigenen Willen ein Einfluss auf die Preisbildung überhaupt nicht verstattet ist. Ebensowenig kann bei sog. Freundschaftskauf der Veräusserer jetzt einen höheren Preis verlangen, da nur der Ansatz der Leistungen, nicht der Beweggrund dazu für den Vorkauf massgeblich ist. Es ist auch nicht möglich, Schenkung anzunehmen, soweit der Preis unter dem normalen Werte bleibt. Der Vertrag mit dem Dritten ist nach wie vor ein einheitliches Ganze. Soll der Vorteil dem Freund allein zugute kommen, so muss er erst nachträglich bestimmt werden. Schwierigkeiten entstehen, wenn das vorkaufsbelastete Grundstück mit anderen Gegenständen z. B. anderen zur selben Erbschaft gehörigen Sachen (§ 2371) verkauft und das Entgelt nur in seiner Summe, nicht in seinen einzelnen Posten berechnet ist. [1]) Dann muss gemäss § 508 der entsprechende Anteil bezahlt werden. Da grundsätzlich Gegenstand des Vorkaufs nur

1) Im gemeinen Recht war streitig, ob dann ein Vorkaufsfall überhaupt vorlag; M. II S. 349; Ed. Jaeger S. 67.

das belastete Grundstück ist, kann der Berechtigte nicht auch die anderen Sachen für sich beanspruchen. Jedoch darf der Verpflichtete billigerweise Ausdehnung verlangen, [1]) wenn er beweist, dass für ihn eine Trennung Nachteil brächte, z. B. Erschwerung des Verkaufs der einzelnen Sachen. Hat der Vorkäufer schon ausgeübt, so kann er sich dieser Erweiterung auch nicht mehr durch einseitigen Rücktritt entziehen. Wohl hätte er sein Recht, aus dessen Inhalt sich die Art der Ausübung nach § 508 ergibt, gemäss § 875 einseitig aufgeben können, nunmehr hat es sich aber zu einem gegenseitigen Schuldverhältnis weiter entwickelt, das nur vertragsmässig nach § 397 aufgehoben werden kann. Wenn er von dem Mitverkauf nichts gewusst hat, so bleibt ihm die Anfechtung der Ausübung wegen Irrtums über den Umfang dieser Erklärung unbenommen. Besteht das Vorkaufsrecht von vornherein auch an den anderen Gegenständen, so tritt § 508 nur in die Bresche, wenn die Ausübung insoweit unterbleibt. Im Fall des § 1096 kann sich aber der Vorkaufsberechtigte gar nicht bloss auf das Grundstück beschränken, weil hier die Einbeziehung des Zubehörs Inhalt des einheitlichen Rechtes und damit ohne weiteres auch der Ausübungserklärung ist. Dies kann nur durch vorherige Änderung des dinglichen Rechtes selbst geschehen, eine Massnahme, die nicht etwa einen teilweisen Verzicht, sondern eine Inhaltsverändernug darstellt, also nicht nach § 875 durch einseitiges Vorgehen des Berechtigten, sondern nach § 877 nur durch gemeinsames Handeln beider Parteien zu bewerkstelligen ist.

---

1) Nach dem Wortlaut des § 508 und der M. II S. 349 sowie P. S. 1808 ist es nur als Forderungsrecht auf Abgabe der betr. Erklärung, nicht als Gestaltungsrecht anzusprechen, obgleich dies praktischer wäre. Vgl. den Streit um § 465.

Ebseno wie die Höhe des Kaufpreises bestimmt sich auch die Art seiner Entrichtung nach dem Inhalt des Zwischenkaufs. An sich müsste also auch eine Stundung, die dem einen gewährt ist, dem anderen zu Gute kommen. Jedoch wurzelt eine derartige Vergünstigung in der rein persönlichen Vertrauenswürdigkeit gerade der betreffenden Vertragspartei. Trotzdem sollte sich der Vorkaufsberechtigte nach M II S. 347 ihrer im vollsten Masse erfreuen. P. S. 1810 ff entscheiden sich aber für einen Mittelweg. Darnach (§ 509 Abs. 1) kann auch der Vorkäufer den Vorteil in Anspruch nehmen, wenn er Sicherheit i. S. d. §§ 232 ff leistet. Eine Stundung wird auch in der Neubestellung oder Übernahme von Hypotheken an dem Kaufgrundstück erblickt. Hier verbleibt es dabei schlechthin, auch wenn dem § 238 nicht genügt ist. Das ist für den Vorkaufspflichtigen nicht ganz unbedenklich. Denn hinsichtlich eines leicht möglichen Ausfalls bei der Zwangsversteigerung hängt der Wert der Forderung eben doch wieder nur von der persönlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners ab.

Ist die Übernahme zugleich Befreiung von der persönlichen Schuld, so ist zwar für den Käufer der praktische Erfolg, dass er im Augenblick noch nicht zu zahlen braucht, aber im Verhältnis der beiden Parteien wird doch der Kaufpreis insoweit durch Leistung an Erfüllungsstatt gemäss § 364 Abs. 1 getilgt. § 509 könnte also nicht Anwendung finden. Jedoch spricht das Gesetz in § 509 Abs. 2 ganz allgemein von „Schuldübernahme," in §§ 414 ff bezeichnet es aber damit sowohl die Verpflichtung zur Erfüllung wie die Nachfolge in die Schuld. Das ist kein Zufall. P. S. 1811 bestimmen ausdrücklich im Hinblick auf eine vereinbarte Schuldbefreiung, dass der Vorkaufspflichtige sich eventuell

mit einer blossen Erfüllungsübernahme und der Aussicht auf den Eintritt in die Hypothekenforderung nach §§ 1164, 1176 begnügen muss. Unbillig ist das insofern nicht, als sonst das Vorkaufsrecht meistens durch Vereinbarung dieser von dem guten Willen des Vorkäufers unabhängigen Erfüllungsart umgangen werden könnte. Denn wenn der Gläubiger — vielleicht auf Veranlassung des Verkäufers — seine Genehmigung dem Vorkäufer gegenüber versagt, so würde bei von vornherein erklärter Weigerung die Ausübung nach Analogie der §§ 306, 308 insoweit, bez. nach § 139 überhaupt unwirksam sein, bei nachträglicher Ablehnung § 323 zum gleichen Ergebnis führen. [1]) Allenfalls müsste man dem Vorkäufer nach § 157 Baarzahlung gestatten. Damit hätte er aber nur die Schwierigkeit der Geldbeschaffung, die ihm den Kauf vielleicht unmöglich macht, und die Zinsen würde er auch noch einbüssen (§ 272 B. G. B.) [2])

§ 505 Abs. 2 verpflichtet den Vorkäufer, ausser dem Kaufpreis auch noch etwaige andere Leistungen zu erbringen, zu denen sich der Zwischenkäufer bereit erklärt hat. Ist er dazu jedoch ausser Stande, [3]) so muss er den Wert entrichten. Zum Schadenersatz ist er nicht verpflichtet. Lässt sich die Nebenleistung in Geld nicht veranschlagen, so ist dann die Ausübung überhaupt ausgeschlossen; ist sie jedoch zugleich nebensächlich, so fällt für den ausübenden Vorkäufer die Verpflichtung weg.

Hat der Zwischenkäufer die Kosten des Kaufs über-

---

1) § 507 ist nicht anwendbar. Denn die Entrichtung des Kaufpreises ist nicht Neben-, sondern Hauptleistung. Über diese Begriffe s. M. II S. 329 ff zu dem aufgehobenen § 460 E I.

2) Ist die Genehmigung dem Zwischenkäufer erteilt, so muß er nach § 416 schon Eigentümer sein. Dann spielt § 1100 mit herein.

3) Es kann sich dabei immer nur um Unmöglichkeit in der Person des Vorkäufers handeln. M. II S. 349. Sonst würde schon nach § 306 der Anspruch gar nicht erst entstanden sein.

nommen, so muss sie der Vorkäufer ebenfalls tragen, selbstverständlich nur die, die durch seinen Kauf entstehen. [1])

Im übrigen unterliegt nunmehr das Verhältnis des Vorkaufspflichtigen zum -Berechtigten den allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse.

§ 11.
Wirkung auf das Verhältnis von Verkäufer und Zwischenkäufer.

Die Ausübung berührt, abgesehen von § 1099 Abs. 2, das Verhältnis des Vorkaufspflichtigen zum Zwischenkäufer nicht unmittelbar. Doch wird der Verkäufer dadurch zufolge dem § 1098 Abs. 2 augenblicklich unvermögend zur Leistung; eine absolute Unmöglichkeit i. S. d. § 276, die den Gegner ohne weiteres nach § 325 befreite, ist dies aber nicht (arg. § 1102); nur § 326 wäre anwendbar. Jedoch haftet der Verkäufer noch §§ 434, 439 Abs. 1. Unabhängig davon wird durch die §§ ff 1100 auch ihr gegenseitiges Verhältnis insoweit beeinflusst, als es sich um die Entrichtung des Kaufpreises handelt, dies aber nur, wenn der Zwischenkäufer durch Einigung und Eintragung Eigentümer geworden ist. Hat er bisher nur den Besitz erlangt, so kann er zwar gegen die Vindikation des Verkäufers nach § 986 geltend machen, dass er durch die Uebergabe in Verfolg des Kaufvertrags ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Findet aber die Uebereignung des Grundstückes an den Vorkäufer statt, so ist der rein persönliche Besitztitel des Zwischenkäufers gegen dessen Eigentumsklage unwirksam (arg. §§ 986 Abs. 2, 1100 B. G. B.) Er ist also tat-

1) Katz S. 77 erblickt darin einen Widerspruch zu dem Recht des Vorkäufers auf „vorzugsweise“ Erfüllung. Ein solches Recht besteht aber nicht, würde auch der Kostenlast im Rahmen des Vorkaufs nicht widerstreiten.

sächlich schutzlos, und wenn er den Verkäufer schon bezahlt hat, muss er möglicherweise seine Vertrauensseligkeit mit dem Verlust des Geldes büssen.

Eine Verbindung der Kaufklage gegen den Eigentümer mit der Eigentumsklage gegen den Zwischenkäufer, die nach der Erfüllung des Kaufes möglich wird, erscheint nicht angängig. § 59 C. Po. schlägt nicht ein Von einer Rechtsgemeinschaft des Vorkaufspflichtigen und des Zwischenkäufers in Ansehung des Grundstückes kann keine Rede sein. Ebensowenig beruhen die Klagen auf demselben Grunde. Hier wird aus einer Forderung, dort aus einem zu erwerbenden dinglichen Recht geklagt. Zur Anwendung des § 60 C. Po. fehlt es an der Gleichartigkeit der Ansprüche wie auch des Klaggrundes. [1])

§ 12.
Die Wirkung auf das Verhältnis von Vorkäufer und Zwischenkäufer.

In unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Zwischenkäufer tritt der Vorkaufsberechtigte erst mit dessen Eigentumserwerb. Da dieser nach §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 mit der Ausübung hinfällt, kann er gemäss § 888 die nach § 19 G. Bo. erforderliche Zustimmung zu der Übereignung fordern, die der Vorkaufspflichtige vornehmen muss. Wie sich aus dem Sicherungscharakter der Vormerkung auch ohne besondere Gesetzesbestimmung [2]) ergibt, hängt ihre Wirksamkeit vom Bestande der zu Grunde liegenden Forderung ab; der Dritte kann mithin gegen den Anspruch auf Einwilligung alle Einwendungen

1) Unrichtig insoweit Immerwahr S. 303; zutreffend, wenn es sich um Geltendmachung der Vormerkungswirkung gegen den eingetragenen Dritten handelt, weil dieser dann auch die Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis des Vorkäufers geltend machen kann, auch §§ 1100 ff. einer Verbindung herstellen.

2) P. S. 4819 gegen M. III S. 456 zu § 955 E I.

vorbringen, die auch dem Verkäufer gegen den Auflassungsanspruch zustehen. Wohl sind diese Einreden allein aus dem Vorkaufsverhältnis entnommen, sie sind aber ein selbständiges Verteidigungsmittel, das ihm die Willkür des Vorkaufspflichtigen nicht mehr nehmen kann. Dies findet seinen Ausdruck in § 886, wo dem von der Vormerkung betroffenen, sei er nun der Besteller oder dessen Rechtsnachfolger, das von einer Mitwirkung des persönlichen Schuldners unabhängige Recht gegeben wird, die Beseitigung der Vormerkung zu verlangen, wenn „ihm" eine dauernde Einrede gegen den gesicherten Anspruch zusteht; ob sie auch dem Schuldner zukommt, ist bedeutungslos. [1]) Ausserdem kann er natürlich das Bestehen des Vorkaufsrechtes oder auch den Eintritt des Vorkaufsfalles, also den Klaggrund selbst bestreiten. Fuchs S. 346 zu § 1094 will mit Hilfe der §§ 22 Abs. 1 und 2; 14 G. Bo. dem Vorkaufsberechtigten die Eintragung unter Ausschaltung des Zwischenerwerbers ermöglichen. Diese Bestimmungen treffen aber bei Unrichtigkeit zufolge einer Vormerkungswirkung nicht zu. Denn der materiellrechtliche Grundsatz, dass ein Anerkenntnis oder eine Verurteilung des persönlichen Schuldners den dinglich Haftenden nicht binden soll, darf durch jene formellen Vorschriften nicht ins Gegenteil verkehrt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit würde hier erst dann erbracht sein, wenn dargetan ist, dass auch der von der Vormerkung Betroffene keine Einwendung hat. Beim dinglichen Vorkaufsrecht kommt noch hinzu, dass der Zwischenerwerber nach §§ 1100 ff seine Zustimmung aus Gründen verweigern kann, die nur in seiner Person beruhen.

1) R. G. 53 S. 28 ff. Hier werden sogar Einwendungen, die dem Eigentümer gegen die Hypothekenforderung zustehen, nicht nur gegen den Anspruch auf Hypothekbestellung, sondern weiter noch gegen den Anspruch auf Sicherung desselben durch Vormerkung gegeben.

§ 13.
Die Verknüpfung der 3 Verhältnisse.

Nach den bisherigen Ergebnissen unserer Erörterung könnte der Zwischenkäufer im Regelfall gegen den Anspruch des Vorkäufers i. S. d. § 888 nur Einwendungen aus dessen Verhältnis zum Vorkaufspflichtigen erheben. Er würde also infolge der Verpflichtung des Vorkäufers zur Gegenleistung für die Übereignung einerseits nur gegen dessen Zahlung an den Verkäufer seine Bewilligung geben müssen, unabhängig davon, ob er selbst schon seine Schuld getilgt hat oder nicht, andererseits würde er mit der Erfüllung von Seiten des Vorkäufers schutzlos werden, ohne Rücksicht darauf, was aus seiner etwaigen Anzahlung wird. Dies würde auch der Tatsache entsprechen, dass er mit Erlegung des Kaufpreises vor Erledigung des Vorkaufsrechtes dem Verkäufer auf seine Gefahr kreditiert. M. III S. 457 erwägen dagegen, dass „die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach dem Zwecke dieses Rechtes die Ausnahme und nicht die Regel bilde,“ [1]) dass also der Dritte auf die Nichtausübung zu rechnen und daher unbesehen der Verkäufer zu befriedigen pflege. Er bedürfe sonach eines besonderen Schutzes. Dies bestritt eine starke Minderheit der 2. Kommission [2]), schliesslich wurden aber unter dem Gesichtspunkt, dass der Vorkaufspflichtige nicht doppelte Bezahlung für eine Leistung erhalten dürfte, die jetzigen §§ 1100 ff angenommen.

Darnach kann der Zwischenkäufer, vorausgesetzt, dass er Eigentum erlangt hat, [3]) die nach § 19 G. Bo. erforderliche Zustimmung verweigern, bis ihm der bezahlte Kaufpreis erstattet wird. Damit erhält er nicht einen

1) Freilich eine recht zweifelhafte Begründung, die eher als Beweis für die Überflüssigkeit des Vorkaufsrechtes dienen könnte.

2) P. S. 4809 ff.

3) Antrag I in P. S. 4809 wollte den Schutz auch für den Fall der bloßen Besitzübergabe gewähren.

selbständigen Anspruch auf Rückgewähr, sondern nur eine mittelbar zwingende Einrede. Fraglich erscheint, wer „erstattungspflichtig" ist. Doch legt schon dieser Ausdruck des Gesetzes nahe, dass es ein anderer als der Empfänger des Geldes sein soll. § 1102 Halbsatz 2 erklärt denn auch, das der Zwischenkäufer seine Anzahlung von Verkäufer nicht zurückverlangen kann; erstattungspflichtig ist vielmehr, wie § 1100 in Weiterführung seines einheitlichen Grundgedankens durch Satz 2 positiv zum Ausdruck bringt, allein der Vorkaufsberechtigte. Die Einrede hat also nicht Abweisung seiner Klage, sondern nach den §§ 273 f Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zur Folge.[1] Dieses Recht steht nicht nur dem Zwischenkäufer selbst zu, sondern jedem, der von ihm das Grundstück auf irgend eine Weise weiter erworben hat. Massgebend bleibt aber auch dann der zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dem Zwischenkäufer vereinbarte und ausgezahlte Kaufpreis, auch wenn der neue Erwerber ebenfalls wieder gekauft hatte. Dies bedeutet § 1100 Satz 1 durch die Gegenüberstellung „des Käufers" und des Personenkreises, der „den Käufer oder dessen Rechtsnachfolger" umfasst. Wenn also der Verkäufer V mit dem Zwischenkäufer Z einen Preis von 20.000 ℳ vereinbart und 15.000 ℳ darauf erhalten hat, Z aber an N um 22.000 ℳ weiter veräussert und dieser seinerseits an Z schon 18.000 ℳ berichtigt hat, so kann N nicht etwa wegen der 18.000 ℳ die vom Berechtigten B geforderte Zustimmung verweigern, sondern nur wegen der 15.000 ℳ, die Z an V gezahlt hat und nun von B dem N zu erstatten sind; wegen der restlichen 3000 ℳ kann er sich nur an Z persön-

1) Ebenso Planck Bd. III zu § 1100 Bem. 2a; Staudinger Bd. III S. 544, Fuchs S. 355.

lich halten, der seinerseits die 15000 ℳ an N nicht zurückzuzahlen braucht, aber auch nicht mehr von V zurückfordern kann.

Der neue Eigentümer darf sowohl die Zustimmung nach § 19 G. Bo. als auch die Herausgabe des Besitzes verweigern. Das zweite Verteidigungsmittel muss nicht notwendig gegeben sein, da es zum Erwerb des Grundstückes nicht der Übergabe bedarf. Ist sie aber erfolgt, dann kann die Herausgabe auch dann noch verweigert werden, wenn der Vorkaufsberechtigte schon eingetragen worden ist. Die Zustimmung des Zwischenkäufers, deren es auf jeden Fall bedarf braucht kein Verzicht auf dieses zweite Schutzmittel zu enthalten.

Ja, der bisherige Eigentümer kann dann sogar einen unmittelbaren Anspruch auf Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen den Vorkäufer erheben. Darauf ist er vor allem angewiesen, wenn er auch den Besitz des Grundstückes verloren hat. Denn dann ist seinem Zurückbehaltungsrecht nach § 1100 Satz 1 der Boden entzogen; der selbständige Anspruch jedoch wird davon um so weniger betroffen, als das Vorhandensein des Besitzes nicht einmal zu seiner Begründung erforderlich ist. Das stimmt anscheinend nicht zu der Fassung, dass die Erstattung, gegen Herausgabe des Grundstückes verlangt werden soll. Hätte aber der Besitz für die in § 1100 geregelten Fälle eine Rechtsvoraussetzung sein sollen, so hätte dies der einleitende Satz neben der Bedingung es müsste der Eigentümer Käufer oder Rechtsnachfolger sein, ausdrücklich hervorgehoben. § 1102 bestimmt auch ganz allgemein für den Übergang des Eigentums ohne Rücksicht auf die Besitzverhältnisse den Verlust des Rückgriffsanspruchs, eben weil in dem gleichzeitig — ebenfalls ohne Rücksicht auf die Besitzverhältnisse — entstehenden Erstattungsanspruch i. S. d. § 1100 Satz 2

genügender Ersatz geboten ist. Wie § 1100 Satz 1 dem Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht eben nur gibt, falls er den Besitz hat, so will auch Satz 2 nur sagen, dass wenn der Zwischenerwerber den Besitz noch hat, sich der Vorkäufer die Herausgabe als Gegenleistung durch Einrede i. S. d. § 323 sichern kann, nicht aber soll der Besitz zu einer klagbegründenden Tatsache erhoben werden. [1])

Eine Berichtigung des Kaufpreises ist, wie schon oben dargetan, auch in der schuldbefreienden Übernahme von Hypothekenforderungen nach § 416 zu erblicken. Ist der Zwischenkäufer einmal in die Schuld des Verkäufers eingetreten, so bleibt es trotz der Ausübung dabei, und der Vorkäufer muss ihn nun davon befreien. Der Zwischenkäufer braucht sich aber hier nicht wie der Vorkäufer mit einer blossen Übernahme der dinglichen Belastung, womöglich nicht einmal in mündelmässiger Sicherheit, und der Aussicht auf einen Rückgriff nach § 1164 zu begnügen. Denn wenn dem Vorkaufspflichtigen gegenüber der § 509 Abs. 2 damit zu rechtfertigen ist, dass er es ja in der Hand hat, nur einer kreditfähigen Person das Vorkaufsrecht zu bestellen, müsste hier der Zwischenkäufer für den Leichtsinn eines anderen büssen, während er dem Verkäufer unbedenklich kreditieren konnte.

Die Bestimmungen des § 1100 erheischen eine weitere Regelung des Verhältnisses unter den 3 Beteiligten. Folgerichtig befreit § 1101 den Vorkäufer von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Verkäufer insoweit, als er nach § 1100 dem Zwischenkäufer oder dessen Rechtsnachfolger erstattungspflichtig wird. Diese Wirkung tritt ohne sein Zutun ein, und zwar nicht etwa, wie Fuchs S. 355 an-

1) Anders P. S. 4809 Antr. 1.

nimmt, erst mit der tatsächlichen Auszahlung an den Zwischenerwerber, sondern ohne weiteres mit dem Entstehen des Erstattungsanspruchs. Auch wird damit nicht ein blosses Leistungsverweigerungsrecht gegeben, die Schuld geht vielmehr kraft Gesetzes unter. Es liegt sonach eine Art gesetzlicher Novation mit Personenwechsel auf der Gläubigerseite vor. Hat der Vorkäufer an den Verkäufer schon mehr gezahlt, als nach Abzug der Leistung des Zwischenkäufers frei bleibt, dann ist der Verkäufer auf seine Kosten insoweit ungerechtfertigt bereichert.

Umgekehrt wird auch wieder der Vorkaufspflichtige der Rückzahlung an den Zwischenkäufer überhoben, da ja diese Pflicht jetzt dem Vorkaufsberechtigten obliegt, während andererseits der Zwischenkäufer, ohne erst nach §§ 322 ff zurücktreten zu müssen, von der weiteren Zahlung befreit wird, insoweit vielmehr allein der Vorkaufsberechtigte zur Leistung verbunden ist; gesetzliche Novation mit Wechsel auf der Schuldnerseite.

§ 1102 betrifft nur das Verhältnis des Vorkaufspflichtigen zum Zwischenkäufer. Hat dieser wieder weiter veräussert, etwa ebenfalls zufolge Kaufs, so werden dessen Beziehungen zu seinem Käufer dadurch in keiner Weise berührt; sie sind nach §§ 433 ff unter Berücksichtigung des § 1100 zu regeln. Das praktische Ergebnis wäre bei unserem oben aufgestellten Beispiel so: N kann zunächst die Zahlung des Restkaufpreises von 4000 Mark an den Z verweigern nach § 320 B. G. B., eventuell nach § 326 vom Vertrag zurücktreten; ohne weiteres wird er von seiner Vertragspflicht nicht frei. Wegen der 18000 Mark, die er schon angezahlt hat, ist zu unterscheiden. Soweit Z an V schon 15000 Mark beglichen hat, kann N einen gleich hohen Anspruch gegen B nach § 1100 erheben, während er hinsichtlich der an-

deren 3000 Mark allein auf den Z angewiesen ist. Fraglich erscheint, ob er sich wegen der 15000 Mark auch noch an Z halten darf, ob er also ein Wahlrecht in seinen Ansprüchen hat. Nun bestimmt freilich § 1102 Halbsatz 2 nur für den Käufer, dass er seinerseits das Geld vom Vorkaufspflichtigen nicht zurückfordern kann, aber dies nicht bloss für den Fall, dass er selbst den Anspruch wegen der 15000 Mark gegen den Vorkäufer erhebt, sondern auch dann, wenn er wieder veräussert hat und nunmehr nach § 1100 nur sein Nachfolger zu dieser Forderung berechtigt ist. Er würde also, von diesem nach dessen Rücktrittserklärung auf die 18000 Mark in Anspruch genommen, wegen der 15000 Mk. sich weder an den Vorkaufspflichtigen, zufolge § 1102 Halbs. 2, noch an den Vorkaufsberechtigten, zufolge § 1100, halten können und gegen den Nachfolger höchstens mit einem gleich hohen Bereicherungsanspruch aufrechnen dürfen. Diese Umstände werden vermieden, wenn man § 1102 Halbs. 2 analog auch auf das Verhältnis des Zwischenkäufers zu seinem Nachfolger anwendet, natürlich nur insoweit, als dieser einen Anspruch i. S. d. § 1100 gegen den Vorkäufer erhält. Dies ist um so gerechtfertigter, als sonst der letzte Eigentümer für die Rückforderung seiner Anzahlung in der Tat zwei Gläubiger hätte, einen Vorteil, den der Gesetzgeber schon dem Vorkaufspflichtigen durch die §§ 1100 ff entziehen wollte. Freilich ist nicht zu verkennen, dass dem Interesse an der klaren Regelung des Vorkaufsverhältnisses die Rücksicht auf die Beziehungen des Zwischenkäufers zu seinem Rechtsnachfolger vollständig zum Opfer gebracht worden ist. Denn nach dem Gesetzeswortlaut hat der Rechtsnachfolger auch dann den Anspruch auf Erstattung der von dem Zwischenkäufer geleisteten Anzahlung, wenn er selbst an diesen

weniger oder noch gar nichts geleistet, ja wenn er überhaupt nicht einmal zufolge Kaufs das Grundstück erworben hat. Der Zwischenkäufer kann dann nur auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung Auszahlung des erhaltenen Geldes oder Abtretung des Anspruchs fordern. Dieses Ergebnis ist nicht gerade befriedigend, für den Zwischenkäufer aber insofern nicht unbillig, als es eben seine eigene Unklugheit ist, wenn er das Grundstück weiter veräussert, ohne wenigstens für die Schulden gedeckt zu sein, die er noch von dem Kauf her hat.

§§ 1100 ff regeln das Verhältnis des Zwischenerwerbers zum Vorkäufer nur hinsichtlich der Bezahlung des Kaufpreises. Über die Frage, wie es mit der Erstattung von Verwendungen und Nutzungen zu halten ist, geben sie keinen Aufschluss. § 957 Abs. 3 E I verwies auf die Vorschriften über die Herausgabe des Besitzes an den Eigentümer mit der Massgabe, dass hier die Ausübung des Vorkaufsrechtes denselben Einfluss haben sollte wie dort der Eintritt der Rechtshängigkeit. [1]) Von der 2. Kommission wurde diese Bestimmung ohne nähere Begründung ersatzlos gestrichen. [2]) Man muss sich also mit den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. behelfen. Darnach kann man allerdings von dem Eigentumserwerb des Vorkäufers an ein unmittelbares Verhältnis zum Zwischenkäufer annehmen, das zur Anwendung der §§ 987 ff, bez. 1001 ff zwischen ihnen führt. [3]) Wenn Planck (zu § 100) Staudinger (zu § 1100) und Oberneck S. 718 auch auf die Zeit vorher eine Ausdehnung wünschen, so lässt sich dafür anführen, dass die Nichtigkeit des Dritterwerbes schon mit der Ausübung

1) M. III S. 458.
2) P. S. 4809.
3) So Fuchs S. 355 zu § 1100.

des Vorkaufsrechtes eintritt und nur im Interesse der Durchführung des damit entstehenden Übereignungsanspruchs. § 292 trifft aber trotzdem nicht zu. Einen Herausgabeanspruch auch nur obligatorischer Natur gegen den Zwischenkäufer hat der Vorkäufer damit noch nicht erworben.[1] Nur der Vorkaufspflichtige hat zufolge dem § 1098 Abs. 2 von da an bis zur Veräusserung an den Vorkäufer das Recht auf die Nutzungen und die Pflicht zur Erstattung von Verwendungen. Was auf diese Zeit dem Vorkäufer zufallen soll, ist durch persönliche Vereinbarung mit dem Vorkaufspflichtigen zu bestimmen und ergibt sich vielleicht aus den Kaufbedingungen.

§ 14.

Untergang des dinglichen Vorkaufsrechts.

Das Vorkaufsrecht kann untergehen kraft Gesetzes oder durch Parteiwillkür.

Für diese zweite Art der Aufhebung ist nach § 875 die Verzichtserklärung des Berechtigten[2] und die Löschung erforderlich, die beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht nach § 876 der Zustimmung der am herrschenden Grundstück Berechtigten bedarf, ihrer formellen Bewilligung i. S. d. § 19 G. B. O. nach § 21 aber nur, wenn das Recht auf dem Blatt dieses Grundstückes nach § 8 vermerkt worden ist.

Häufiger erlischt das dingliche Vorkaufsrecht seinem eigentümlichen Inhalt zufolge von Gesetzes wegen, entweder dadurch, dass sein Zweck verwirklicht oder durch Ausschluss der Ausübung endgiltig vereitelt wird. Es zielt im wesentlichen darauf ab, dem Berech-

1) Dies war nur noch E I der Fall.

2) Ebenso Predari S. 130. Der Verzicht auf den entstandenen Übereignungsanspruch hat natürlich nach § 397 zu erfolgen; die Theorie vom bedingten Kaufvertrag verlangt dies aber auch schon für das Recht selbst.

tigten den Erwerb des belasteten Grundstücks offenzuhalten, indem es ihm die dinglich gesicherte Möglichkeit gibt, es zu den gleichen Bedingungen wie ein Dritter zu kaufen. Die gegenseitige kaufsmässige Verpflichtung bildet nur das Mittel zur Erreichung jenes Zieles. Ist dieses selbst errungen, sei es durch die Ausübung, sei es auf andere Weise, so ist der oberste Zweck des dinglichen Vorkaufsrechts erfüllt. In allen diesen Fällen hat es keine Fortbestandsberechtigung mehr, muss also untergehen. [1]) § 889 B. G. B. steht dem nicht entgegen, weil dem Inhalt des Vorkaufsrechts zufolge eine solche Vereinigung von Last und Eigentum nicht denkbar ist. Das Grundbuch ist demnach zu berichtigen; der Vorkaufsberechtigte hat nach § 19 G. Bo. zuzustimmen; hat er ohnedies schon wieder veräussert, so kann der Nachfolger unter Hinweis auf den Eigentumserwerb seines Vorgängers nach Bestellung des Vorkaufsrechtes den § 22 G. Bo. sich zu Nutze machen. Auch das mehrmalige Vorkaufsrecht erlischt. Fuchs S. 348 zu § 1094 vergisst, dass das Recht auch hier nur einmaligen Erwerb bezweckt und nur die Möglichkeit gewährt, wenn die erste Gelegenheit nicht passt, auf eine andere zu warten. Wenn der Berechtigte einmal das Eigentum erworben hat, muss er sich bei der nächsten Veräusserung das Recht wieder bestellen lassen. Sonst käme man ja dazu, ihm für den Fall, dass er selbst wieder verkauft, ein Vorkaufsrecht zu belassen. Auch beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht ist es nicht anders. Denn auch hier soll bloss einer der Eigentümer des herrschenden Grundstücks erwerben, nur dass die Person des Erwerbers durch eine generelle Bezeichnung im Zusammenhang mit einem Grundstück bestimmt wird.

1) Hier trifft die Ansicht Windscheid's Bd. I S. 525 nicht zu, dass der Bestand eines dinglichen Rechtes durch seine Ausübung nicht berührt werde.

Nicht so liegt es bei Ausschluss der Ausübung, ob nun der Erwerb des Dritten keinen Vorkaufsfall bildet oder die Ausschlussfrist ungenutzt verstrichen ist. Beim einmaligen Vorkaufsrecht bedeutet dies tatsächlich auch seinen Untergang, und der neue Eigentümer kann nach § 894 B. G. B. von dem bisher Berechtigen Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs fordern, ev. unter Nachweis des Fristablaufs durch Zustellungsurkunden u. s. w. selbst nach § 22 G. Bo. vorgehen. Hier kann er sich aber auf seine Eintragung allein nicht stützen, da auch deren causa für die Frage des Untergangs entscheidend ist. Das wiederholentliche Vorkaufsrecht erlischt hingegen nur, wenn dieser Veräusserungsfall gerade der letzte wäre, den es hätte treffen können. Wollte sich der Erwerber den § 22 G. Bo. zu Nutze machen, so müsste er dartun, dass wirklich schon die erforderliche Zahl von Veräusserungen des Grundstücks erfolgt und jedesmal die Ausübung aus einem der beiden erwähnten Gründen unmöglich geworden ist.

Eine Verjährungseinrede könnte nur den mit der Ausübung entstandenen Auflassungsanspruch [1]) treffen. Doch würde dann der Dritterwerber nach § 886 B. G. B. Aufhebung des Vorkaufsrechts verlangen können.

Ist der Vorkaufsberechtigte — nicht bloss sein Aufenthalt! — unbekannt, so kann er aufgeboten werden, wenn seit der letzten auf sein Recht bezüglichen Eintragung zehn Jahre verstrichen sind und es nicht in einer die Verjährung unterbrechenden Weise anerkannt worden ist. Die Eigentumseintragung des Neuerwerbers ist trotz ihrer Wirkung auf das Vorkaufsrecht selbst doch nicht eine „darauf bezügliche“ im Sinne dieser Vor-

1) Einen Vorkaufsanspruch, wie im gemeinen Recht (Ed. Jaeger S. 133), gibt es nicht. Anders Katz S. 82.

schrift. Ungeachtet der Streitfrage, ob sie eine Betätigung des betroffenen Rechtes enthalten muss oder nicht, ist hier schon entscheidend, dass sie nicht ‚bei' dem Vorkaufsrechte selbst, sondern nur auf demselben Grundstück erfolgt.

Das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht ist dagegen nach § 1104 Abs. 2 einem solchen Untergang nicht preisgegeben.